

FOCUS AMERICA LATINA
22 DICEMBRE 2017

Etica pubblica e patologie corruttive
nei contratti pubblici in Uruguay:
dall'opacità alla trasparenza

di Vinicio Brigante

Dottorando di ricerca in diritto dell'economia
Università degli studi di Napoli Federico II

Etica pubblica e patologie corruttive nei contratti pubblici in Uruguay: dall'opacità alla trasparenza^{*}

di Vinicio Brigante

Dottorando di ricerca in diritto dell'economia
Università degli studi di Napoli Federico II

Sommario: 1. Introduzione e premesse metodologiche. 2. Il diritto amministrativo quale garante dell'etica pubblica. 3. Contesto giuridico e precisazioni terminologiche in tema di contratti pubblici. 4. Il sistema di affidamento di commesse pubbliche, il TOCAF (*Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado*). 4.1 Principi per l'affidamento di contratti amministrativi. 4.2 La *licitación pública*. 5. Etica pubblica e modelli di trasparenza nelle procedure d'appalto 5.1 *Junta de Transparencia y Ética Pública*. 6. Ipertrofia normativa, contrattazione pubblica ed etica. 7. Proposte per il miglioramento del livello di trasparenza. 8. Brevi riflessioni conclusive.

1. Introduzione e premesse metodologiche

La storia della corruzione amministrativa è difficile da raccontare, proprio perché si nasconde, si cela, ma è alquanto ciclica e ripetitiva, in Italia come in altri paesi¹.

Il dibattito su etica e amministrazione offre l'incentivo per un ripensamento complessivo del sistema pubblico², in una prospettiva di indagine transnazionale di un fenomeno, quello corruttivo, che non è estraneo ad alcuna esperienza ordinamentale.

In via preliminare, appare opportuno operare alcune premesse metodologiche e delimitare il campo d'indagine rispetto a un tema sul quale si registra una letteratura ampia ed accreditata³. L'analisi svolta ha come scenario il solo ordinamento uruguayo ed è limitata all'indagine della sola fase patologico-corruttiva della contrattazione pubblica e non a un generico studio sull'impatto dei fenomeni di corruzione.

Il carattere polisemico del fenomeno corruttivo non ha ostacolato i tentativi di definizione o classificazione; l'analisi svolta non si focalizza solo sulla corruzione penale, definita anche "nera", ma indaga quella che autorevole dottrina qualifica come corruzione "grigia"⁴, declinata "nell'indifferenza

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

¹ S. CASSESE, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in G. MELIS (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, 1999, p. 183.

² In senso critico e approfondito sul tema, Cfr. P. PIRAS, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2015.

³ Senza alcuna pretesa di esaustività, in tema di corruzione e contratti pubblici Cfr. N. FIORINO – E. GALLI, *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013; G. PIPERATA, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *federalismi.it*, n. 16/2015; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2015.

⁴ B. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007.

all'efficienza, nella resistenza al cambiamento⁵”, nel tradimento dell'etica pubblica e della funzione amministrativa.

La polisemia si sostanzia in una variabilità sostanziale e formale, e il concetto stesso di corruzione tende a frazionarsi. In questa sede l'indagine si sofferma su quella che è definita, nell'ambito di una tripartizione⁶, “la cattiva pratica relativa alla domanda e all'offerta dello scambio corrotto”.

La corruzione che si annida nelle varie fasi delle procedure di appalto cessa di riferirsi alla sfera individuale del reo, alla cd. autonomia morale del soggetto e transita in una declinazione diversa, ossia in un fenomeno di natura collettiva con una proiezione parimenti collettiva.

E' opinione diffusa che i fenomeni corruttivi si annidino con maggior frequenza nei paesi in via di sviluppo, anche se tale opinione non è suffragata da alcun dato empirico⁷. Tuttavia, è innegabile che in tali contesti territoriali, in relazione al tema indagato in questa sede, l'avvertita esigenza di opere pubbliche, anche di modesta complessità, conduce spesso alla pubblicazione di bandi di gara redatti in via sommaria⁸, e pertanto privi delle opportune cautele contro le patologie corruttive.

Inoltre, le economie in crescita sono soggette a mutamenti politici ed economici repentini⁹, che sono ontologicamente terreno fertile per il proliferare dei fenomeni corruttivi¹⁰.

In tale contesto generale, i dati forniti dal Programma per lo sviluppo delle Nazioni Unite, nel biennio 2013-2014, hanno disvelato una generalizzata vulnerabilità istituzionale nei paesi dell'America Latina, legati a indici corruttivi particolarmente alti.

Tra le numerose concause dello sviamento patologico della funzione pubblica, è opportuno segnalarne alcune che hanno un peso peculiare nel contesto continentale di riferimento¹¹.

⁵ Cfr. S. CASSESE, “*Maladministration*” e rimedi, in *Foro Italiano*, V, 1992; un dato, divenuto ormai una presenza costante negli ordinamenti maggiormente corrotti, è la “sovrabbondanza delle norme, che non limita le pubbliche amministrazioni, ma, al contrario, amplia la loro discrezionalità”.

⁶ Cfr. J.F. MALEM SEÑA, *El fenómeno de la corrupción*, in F. LAPORTA – S. ALVAREZ (a cura di) *La corrupción política*, Madrid, 1997; l'autore, sulle orme di HEIDENHEIMER, riunisce le definizioni di corruzione in tre grandi gruppi. Il primo gruppo opera un rinvio ai doveri del funzionario e alla peculiarità della funzione pubblica, il secondo all'attività contrattuale e il terzo ha come collante l'interesse pubblico.

⁷ M. FERDINANDI, *Una etica gestione delle risorse umane nei Paesi in via di sviluppo*, s.l., 2006, p. 127.

⁸ Il carattere volutamente approssimativo dei bandi di gara, nei paesi in via di sviluppo, è giustificato dalla necessità di entrare in contatto con il maggior numero possibile di imprese. Cfr. A. FOGGIO, *Manuale dell'export manager. Politiche e tecniche di penetrazione dei mercati esteri*, Roma, 2015.

⁹ Rappresentativo è il caso della crisi in Argentina, M. LEGRAIN, *La crisis argentina de diciembre 2001. Debilidad institucional y falta de legitimidad del Estado*, Madrid, 2004.

¹⁰ In un sondaggio commissionato dall'agenzia *Roper Starch International* in diciannove paesi in via di sviluppo, il problema della corruzione risulta essere il quarto problema più serio indicato dai cittadini, dopo la criminalità, l'inflazione e la recessione che, in ogni caso, sono influenzati e interconnessi alle patologie corruttive. Cfr. W. EASTERLY, *Lo sviluppo inafferrabile*, Milano 2006.

¹¹ Cfr. O. D. BAUTISTA, *El problema de la corrupción en américa latina y la incorporación de la etica para su solución*, in *Espacios Públicos* (México), n. 35/2012.

In primo luogo, la lotta alla corruzione è sempre stata condotta con un approccio parziale, talvolta miope, nell'errata convinzione che gli strumenti sanzionatori fossero sufficienti a ostacolare le pratiche corruttive. In secondo luogo, si è agito sempre sull'onda emotiva di vicende o episodi rilevanti, operando un contrasto relativo al singolo episodio, invece di predisporre un quadro di strumenti completo e a lungo termine.

Infine, viene in rilievo la carenza di una adeguata e specifica professionalizzazione e specializzazione della classe politica e degli impiegati pubblici¹².

In base a una teoria molto accreditata¹³, la genesi dei fenomeni corruttivi nel continente sudamericano è collegata alle pratiche di *desgobierno* imperanti in Spagna nel 1500, e successivamente ereditate dai popoli nativi del continente. Tali pratiche si sono sviluppate e sedimentate durante il periodo del colonialismo, per poi istituzionalizzarsi nella vita repubblicana.

La fragilità delle istituzioni nel continente iberoamericano ha generato circostanze di corruzione sistematica e istituzionalizzata, che ha condotto a situazioni d'insicurezza a loro volta degenerate in dittature militari, com'è accaduto in Venezuela¹⁴.

Tuttavia, è da registrare un'inversione di tendenza, un percorso diretto alla demitizzazione della corruzione in America Latina, attraverso diverse iniziative, documenti e convenzioni, tra le quali è opportuno segnalare il *Código Iberoamericano de Buen Gobierno*, pubblicato dal *Cumbre de las Américas* nel 2006, con l'ambizione di forgiare un modello di etica pubblica continentale, rispettoso della pluralità sociale e culturale delle singole nazioni, al fine di estirpare il diffuso malgoverno.

In uno scenario così permeabile ai fenomeni corruttivi, si registrano modelli virtuosi, in cui lo sviamento patologico della funzione pubblica non è un fenomeno endemico e radicato.

La scelta del sistema giuridico da analizzare e rendere oggetto di approfondimento è legata indissolubilmente al dato sulla corruzione percepita, fornito annualmente da *Transparency International*, un'associazione non governativa che si occupa di prevenire e contrastare i fenomeni corruttivi a livello mondiale. Il CPI (*Corruption Perception Index*) è un indice composito, che tiene conto di diversi fattori, al fine di determinare la corruzione rilevata nel settore pubblico. Il dato riguardante l'Uruguay, nell'ultimo

¹² S. CASSESE, *op. cit.*, p. 246, la definisce la “debolezza dell'amministrazione”, in considerazione del fatto che nessuna amministrazione dispone di propri corpi professionali. Sul tema, Cfr. S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, Bologna, 2011; la corruzione amministrativa è spesso legata alla mancanza di un corpo professionale di pubblici amministratori selezionati per merito, qualificati ed adeguatamente formati, indipendenti e non assoggettati al potere politico, non intrisi di “familismo amorale”.

¹³ Cfr. F. NIETO, *Desmitificando la corrupción en América Latina*, in *Nueva Sociedad* (Venezuela), n. 194/2004.

¹⁴ Sul tema, Cfr. R. A. CALVO, *Crisis, pobreza y desigualdad en Venezuela y América Latina*, Buenos Aires, 2010; per una ricostruzione diacronica, Cfr. C. C. AYALA, *Origen de la corrupción en Venezuela: desde Páez hasta Caldera : segunda parte de Génesis de la República*, Caracas, 2006.

triennio, riferisce di un livello molto basso di corruzione percepita nella popolazione, che lo equipara a paesi quali l'Irlanda¹⁵ o il Giappone, che dispongono di una struttura anticorruzione particolarmente evoluta¹⁶.

Tuttavia, è necessario svolgere alcune precisazioni di carattere generale e contestualizzare tale dato al mercato di riferimento.

La corruzione rappresenta un fenomeno “pulviscolare e come tale imponderabile e impercettibile¹⁷”, e ciò è valido in misura maggiore in tema di commesse pubbliche, perché non esiste un indice affidabile e sufficientemente oggettivo, tale da poter fornire un quadro chiaro. In altri termini, non esistono flussi di dati talmente indicativi da poter fornire un quadro tangibile del livello di corruzione.

I dati sulla corruzione vivono di un'approssimazione genetica dalla quale non possono essere affrancati, e con la quale si deve convivere, anche in sede di predisposizione delle misure correttive al fenomeno. Se non si conosce l'entità della malattia, non si può prescrivere una cura adeguata.

L'indice fornito da *Transparency International* svela il grado di fiducia dei cittadini nelle istituzioni, può essere un indice sintomatico, ma non può essere considerato un dato empirico, per diverse ragioni.

Negli illeciti corruttivi, entrambi i soggetti sono interessati a celare l'infrazione, che è commessa ai danni di un ente immateriale, la pubblica amministrazione, ragion per cui nemmeno il dato giudiziario sulle condanne penali può essere accettato come cartina al tornasole.

Inoltre, come già sottolineato in precedenza, la corruzione eccede il reato in senso stretto, perché si configura ogniqualvolta sussiste una distrazione dell'interesse pubblico, caratteristica che rende il fenomeno ancora più sfuggente.

La considerazione svolta sulla bassa attendibilità dei dati giudiziari assume maggior valore rispetto alle sentenze dei tribunali amministrativi in tema di contratti pubblici, poiché non sono in grado di fornire una quantificazione efficace dello sviamento della morale pubblica nelle procedure di gara.

A queste considerazioni di carattere generale sull'imponderabilità del dato corruttivo e sulla conseguente impossibilità di poter operare un'analisi fondata su indici oggettivi, si aggiunge una necessaria premessa, calata rispetto all'ordinamento di riferimento.

L'Uruguay è una nazione con poco più di tre milioni di abitanti, con una domanda e sviluppo infrastrutturale contenuto, e di conseguenza un'esigenza di indire bandi per l'aggiudicazione di lavori più

¹⁵ Cfr. E. BYRNE, *Political Corruption in Ireland 1922-2010: A Crooked Harp?*, Manchester, 2012.

¹⁶ Dopo gli scandali verificatisi in Giappone tra il 1988 e il 1993, che hanno condotto a un avvicendamento al vertice politico dopo 38 anni, sono stati predisposti dei correttivi, soprattutto in relazione al finanziamento pubblico ai partiti. Cfr. V. BLECHINGER, *Corruption Through Political Contributions in Japan*, s.l., 2000.

¹⁷ Le definizioni sono di F. PINTO e R. CANTONE, pronunciate durante il corso di aggiornamento ‘*Rifondare la cronaca nera, in particolare quella giudiziaria, distinguendo tra deontologia, interesse pubblico e gossip*’, svoltosi presso l'Auditorium RAI di Napoli, il 16 dicembre 2016.

limitato rispetto ad altri territori. A ciò si aggiunga un flusso di capitali stranieri controllato, legato al relativo interesse che le imprese brasiliane e argentine riversano sul mercato uruguayo, anche se si registra una timida inversione di tendenza¹⁸. Questi dati rivelano l'esistenza di un'area di mercato non fertile, per motivi strutturali e non necessariamente virtuosi, agli eventi corruttivi.

Questa riluttanza delle imprese straniere a investire in Uruguay, e di conseguenza a partecipare alle procedure d'appalto, è stata mitigata con la creazione del *Mercado del Sur* (MERCOSUR), che favorisce la circolazione delle imprese e l'integrazione dei mercati dei paesi firmatari della convenzione¹⁹, nel solco tracciato dalle iniziative della *Asociación Latinoamericana de Integración* (ALADI), a sua volta istituita nel 1980 per promuovere lo sviluppo economico e sociale dei paesi dell'America Latina.

Infine, il dato sulla corruzione percepita attesta ciò che il cittadino identifica in termini di attività corruttiva, un confine tra attività lecite e illecite che non solo trascende l'area del penalmente rilevante, ma che varia in base all'ordinamento di riferimento; un'attività che può essere qualificata in termini corruttivi in un contesto territoriale, può essere percepita come lecita in un altro. Sul punto, Cassese²⁰ rileva come, nella burocrazia cinese del 1700, gli stipendi dei pubblici funzionari fossero così esigui, che erano affiancati da regalie e piccole tangenti, definite diritti usuali, e ritenute pertanto lecite, perché la corruzione "faceva parte del modo di vita ordinario, istituzionalizzato".

Inoltre, la regolazione oggetto della trattazione si muove all'interno di un contesto costituzionale estremamente evoluto; dal 1973, anno in cui fu destituita la giunta militare, si è sviluppava un diritto amministrativo inteso quale personificazione più emblematica del pubblico potere, la razionalizzazione della amministrazione risultava la pietra angolare per la configurazione dello Stato di diritto.

Non esiste, nel corpo del testo costituzionale, alcun riferimento all'etica pubblica né al contrasto alla corruzione in senso ampio.

Tuttavia, in via mediata, gli articoli 307 e seguenti della Costituzione, che regolano il contenzioso amministrativo, palesano il ruolo centrale del diritto amministrativo all'interno della legislazione del paese, fattore che si ripropone anche in materia di moralizzazione dell'agire amministrativo.

¹⁸ Dal 1991, anno di creazione del MERCOSUR, si registra un incremento degli investimenti stranieri diretti (*inversión extranjera directa*, IED) in Uruguay. Sul tema, in senso ampio, V.P. GIORDANO, *Apertura e inserción internacional en la estrategia de desarrollo de Uruguay*, Buenos Aires, 2006.

¹⁹ Cfr. N.B. MELLADO, *Latinoamérica: inserción global e integración regional*, Córdoba (Argentina), 2016; J.E. FERNÁNDEZ REYES, *Uruguay y el MERCOSUR*, in *Revista de derecho*, n. 26/2014; il MERCOSUR fu istituito nel 1991 con la firma del Trattato di Asunción, da parte di Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay.

²⁰ Cfr. S. CASSESE, "Maladministration" e rimedi, in *Foro Italiano*, V, 1992, p. 244; la cd. burocrazia celeste era permeata da una corruzione endemica. Gli studi di WANG HUIZU, redatti attraverso l'opera *Opinioni sull'apprendistato dell'amministrazione*, rilevavano che il funzionario cinese in mancanza di ogni controllo dal basso nell'esercizio delle sue funzioni, recuperava a spese della società ciò che lo Stato gli rifiutava. Analogamente in Francia, durante l'*ancien régime*, il re aveva il diritto di attribuire cariche pubbliche, e lo poteva fare vendendole, mediante un vero e proprio commercio di uffici pubblici.

Infine, gli articoli 318 e 287 della Costituzione prevedono espressamente che le autorità amministrative garantiscano livelli minimi di prestazioni nell'interesse della collettività; dal combinato disposto di tali norme si ricava l'esigenza di mantenere indenne l'intero agire amministrativo, anche di matrice contrattuale, da fenomeni di distrazione delle risorse finanziarie.

Al fine di fornire coordinate e direttrici chiare e lineari, è opportuno illustrare il quadro legislativo e di sistema vigente in Uruguay, in tema corruzione ed etica pubblica, per poi analizzare il sistema di affidamento di commesse pubbliche.

2. Il diritto amministrativo quale garante dell'etica pubblica

Il contrasto alla distrazione della funzione pubblica è sempre stato condotto lungo due direttrici distinte. Una puramente repressiva, di carattere negativo, e un'altra preventiva, di carattere positivo, diretta alla promozione della cd. etica pubblica.

La prima disposizione positiva in materia di etica pubblica, in Uruguay, si rinveniva nel decreto legge 13 febbraio 1943, n. 10388, il cd. Statuto del Funzionario, che esigeva, come requisito per l'accesso al pubblico impiego, un controllo sull'attitudine morale del candidato, da ricavare attraverso informazioni su vita e costumi dello stesso.

Già negli anni '40 del secolo scorso, tale assunto costituiva un presupposto logico, perché “per quanto modesto possa essere l'impiego di un funzionario pubblico, il suo lavoro rappresenta un'attuazione dell'autorità pubblica, che non può rischiare di non essere rispettata a causa dell'immoralità del pubblico agente²¹”.

Era avvertita come preminente la necessità di assicurare, attraverso il diritto positivo, l'idoneità etica dei funzionari pubblici, dal momento del loro accesso agli uffici della pubblica amministrazione. Si trattava di rigenerare la vita pubblica²², con la valorizzazione di dati legislativi di diverso rango, di principi generali e di buone pratiche.

Tra i principi generali connotati da “alti lineamenti etici²³”, il principio di *seguridad* e di *buona fe pública* sono meritevoli di approfondimento per il tema in esame.

Il principio di *seguridad*, di certezza giuridica, obbliga la pubblica amministrazione a una realizzazione dei doveri istituzionali che sia certa, affidabile, irreprensibile e che non susciti dubbi o sospetti nell'amministrato.

²¹ D.H. MARTINS, *Estatuto del Funcionario*, Montevideo, 1965, p. 176.

²² Cfr. J.G. PÉREZ, *La ética en la administración pública*, Madrid, 1996, p. 33; il carattere servente dell'amministrazione ha come principale referente la dignità umana.

²³ C. DELPIAZZO, *Marco regulatorio de la ética pública y del control de la corrupción en Uruguay*, in C. DELPIAZZO – R.G. LEAL (a cura di) *Ética pública y patologías corruptivas*, Montevideo, 2014, p. 22.

Il concetto ampio e generico di certezza giuridica vive di un elemento oggettivo, che allude all'ordine e alla fiducia riposta nell'ordinamento nel suo complesso e di un elemento soggettivo, che si sostanzia in un affidamento riposto nella correttezza della persona fisica (*rectius* funzionario pubblico) che deve eseguire i precetti normativi²⁴.

La protezione del legittimo affidamento è un'esigenza che rinviene le proprie radici nel diritto pubblico, quale derivato dei postulati dello Stato di diritto. Lo Stato si pone l'obiettivo di proteggere gli amministrati, che ripongono fiducia e attendibilità nella gestione non solo corretta, ma eticamente irreprensibile dell'amministrazione²⁵.

Per altro verso, la buona fede pubblica impone un'attuazione ponderata, ragionevole, prevedibile e leale nell'esercizio dei diritti e nel compimento dei doveri. Tale principio, applicato ai rapporti tra amministrazione e cittadino, rappresenta uno dei sistemi più produttivi per l'incursione di valori etici nel contesto normativo, per fornire una misura adeguata del valore di affidamento che gli amministrati ripongono nelle strutture istituzionali²⁶.

Oltre alle norme di diritto interno e l'applicazione estensiva dei principi di diritto, con l'approvazione della Convenzione Interamericana contro la Corruzione²⁷, firmata a Caracas nel 1996 e approvata in Uruguay in virtù della legge 25 settembre 1998, n. 17060, il quadro di riferimento è divenuto ancora più articolato e variegato.

La convenzione si propone di perseguire due propositi distinti, ma interconnessi ed entrambi parametrati sulla consapevolezza della transnazionalità dei fenomeni corruttivi.

Da un lato, si rileva la necessità di promuovere lo sviluppo di meccanismi appropriati per evidenziare, prevenire, sanzionare e sradicare la corruzione, attraverso la presa di coscienza, da parte dei governi dell'America Latina, della necessità di predisporre misure principalmente preventive, in luogo del classico approccio repressivo. Dall'altro, la Convenzione si pone come fattore di promozione per la cooperazione tra gli Stati firmatari, che devono allestire contesti istituzionali e legali, avvinti da una matrice comune.

La Convenzione ha previsto e imposto agli stati firmatari l'approvazione di norme di condotta per il corretto, onorevole e adeguato compimento delle funzioni pubbliche e la creazione di appositi sistemi di monitoraggio per garantire il rispetto di tali norme.

²⁴ Cfr. A. CASTILLO BLANCO, *El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho*, in *Documentación Administrativa* (España), n. 263/2002, p. 33.

²⁵ Cfr. P.J. COVIELLO, *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, 2004, p. 462.

²⁶ Sul tema, in senso ampio, Cfr. J.G. PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1999.

²⁷ Per una disamina più approfondita, Cfr. I.E. SANDOVAL (a cura di), *Corrupción y transparencia: debatiendo las fronteras entre estado, mercado y sociedad*, Mexico D. F., 2009.

Tra le misure preventive contemplate dalla Convenzione, merita apposita segnalazione la necessità di istituire un registro pubblico per la dichiarazione delle entrate patrimoniali dei funzionari e dei governanti²⁸, per contribuire alla verifica di situazioni anche solo potenzialmente affette da eventi corruttivi.

La Convenzione prevede un particolare sistema di protezione per colui che denuncia in buona fede la commissione di reati di corruzione, affinché lo stesso denunciante non sia vittima di azioni di vendetta e ritorsione, attraverso un sistema di tutele speculari a quelle previste nell'ordinamento italiano per il *whistleblower*.

Sempre in tema di predisposizione di politiche preventive contro la corruzione, la Convenzione Interamericana prevede meccanismi per stimolare la partecipazione della società civile al controllo della gestione pubblica, sistemi previsti anche dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione. Il dibattito su tali strutture partecipative involge l'individuazione dei criteri di rappresentanza e i rapporti con le altre strutture istituzionali di ciascuno stato.

La convenzione opera anche sul piano repressivo, attraverso la previsione di pene più severe per reati già regolati dai singoli stati e la previsione di reati non disciplinati, tra i quali la corruzione transnazionale e l'occultamento di beni pubblici. L'obiettivo perseguito è l'uniformità delle misure repressive su tutto il territorio iberoamericano.

Una disposizione di particolare interesse, prevista dalla Convenzione, è la disposizione diretta a eliminare gradualmente il segreto bancario²⁹, in ogni ordinamento, per agevolare la predisposizione di meccanismi di trasparenza.

Inoltre si è posta particolare enfasi sulla formazione dei funzionari pubblici, sugli aspetti relativi alla cd. "morale amministrativa", che diviene presupposto e misura del disimpegno eticamente corretto della funzione pubblica, espressamente menzionata dall'articolo 28, della citata legge 17060 del 1998.

Inoltre, il decreto legge 23 gennaio 2003, n. 30 ha codificato ed esplicitato una serie di regole di condotta, connaturate da doveri etici, che devono qualificare le modalità dell'agire amministrativo, nelle quali la moralità è alleata dell'efficacia, soprattutto in un'ottica deflattiva del contenzioso, amministrativo e penale, per illeciti corruttivi.

Il diritto amministrativo, in questo contesto composito di principi e norme a presidio dell'etica pubblica ricopre – l'indubbiamente scomodo – ruolo di garante del comportamento etico. Tale ufficio si radica su

²⁸ A.P. PIERA, *El control de la corrupción en el MERCOSUR*, Montevideo, 2012, p. 48.

²⁹ Sul tema, in senso ampio, Cfr. J. FACAL, *El secreto bancario en el Uruguay :su evolución : porque el CGP en su nueva versión no podría derogarlo*, in *Revista CADE : doctrina y jurisprudencia*, n. 5/2013.

tre pilastri fondamentali, interconnessi tra loro: una politica preventiva contro la corruzione, un controllo sociale e il potere disciplinare.

In primo luogo, è opportuno predisporre strumenti tesi alla prevenzione del fenomeno³⁰, mediante la precisazione legislativa delle norme di condotta e lo sviluppo della trasparenza nelle procedure di affidamento.

In secondo luogo, è opportuno valorizzare il dato del cd. controllo sociale sugli agenti pubblici, nel solco tracciato dall'*intentio legis* della legge 17060 del 1998. Nello specifico, l'art. 5 prevede che le pubbliche amministrazioni sono obbligate a garantire la più ampia pubblicità possibile alle proprie acquisizioni di beni e all'affidamento di servizi o lavori. Inoltre, è previsto che il potere esecutivo sia promotore periodicamente di campagne di divulgazione e diffusione in materia di trasparenza pubblica³¹.

La trasparenza rappresenta una conseguenza dell'elementare presunzione secondo cui lo Stato appartiene al popolo^{32 33}, che ha "il diritto di conoscere ciò che compiono i servitori pubblici, come e perché lo fanno³⁴".

L'accessibilità totale alle informazioni rappresenta una misura di buona amministrazione, diretta a mantenere l'opinione pubblica informata sullo sviluppo delle funzioni pubbliche, attraverso un controllo popolare e diffuso³⁵.

A tal proposito, è indicativa la legge 20 novembre 1998, n. 17040 che impone a tutte le imprese pubbliche o di proprietà statale di pubblicare il proprio bilancio, indicando in maniera chiara e percepibile la situazione patrimoniale e i risultati conseguiti, su almeno due periodici di rilievo nazionale.

³⁰ In senso ampio, Cfr. V.J. BENITO GIL, *Documentos básicos de ética pública y lucha contra la corrupción*, Alicante, 2007.

³¹ Questo compito deve essere perseguito attraverso una giunta, la *Asesora en Materia Económico Financiera del Estado*, istituita con la legge 23 dicembre 1998, n. 17060. C. DELPIAZZO, *Marco regulatorio de la ética pública y del control de la corrupción en Uruguay*, in C. DELPIAZZO – R.G. LEAL (a cura di) *Ética pública y patologías corruptivas*, Montevideo, 2014, p. 29.

³² La trasparenza è attuazione, *in primis*, del principio democratico, perché concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino, per divenire condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive e dei diritti civili. Al di là delle disposizioni programmatiche e di principio, vengono in rilievo le modalità concrete con cui le informazioni sono rese pubbliche. Ulteriori corollari di tale principio, con valore primario, sono la completezza, l'omogeneità, la semplicità di consultazione e la facilità di accesso e la comprensibilità, dal momento che la trasparenza amministrativa "è insieme conoscenza e comprensione". Questo quadro ha evidenziato però numerosi dubbi legati alla sua effettiva sostenibilità organizzativa. Sul punto, Cfr. P. CANAPARO, *L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *federalismi.it*, n. 1/2016, pp. 5-10.

³³ L'articolo 191 della Costituzione dell'Uruguay stabilisce che: "*Los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, cualquiera sea su naturaleza jurídica, publicarán periódicamente estados que reflejen claramente su vida financiera. La ley fijará la norma y número anual de los mismos y todos deberán llevar la visación del Tribunal de Cuentas*".

³⁴ S. WERKSMAN – C. MAMFRONI, *La transparencia y la Convención Interamericana contra la Corrupción*, in *Revista de Derecho Administrativo* (Argentina), n. 21-23/1996, p. 346.

³⁵ Cfr. E. SAYAGUES LASO, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, p. 194.

E' opportuno evidenziare l'ampiezza della portata soggettiva della norma e la necessità che le informazioni siano facilmente comprensibili per i cittadini, per "gli utenti non specializzati"³⁶.

La legge 17040 si rivolge a tutte le imprese pubbliche, siano esse statali o meno, e a tutte le imprese "di proprietà statale", categoria nella quale devono essere incluse tutte le forme organizzative – anche di diritto privato - di cui la pubblica amministrazione si serve per l'attuazione dei propri uffici. La disposizione, anche in relazione all'anno di pubblicazione, appare innovativa, perché obbliga l'ente di riferimento, al di là della natura giuridica dello stesso, a rendere ostensibile l'esercizio di bilancio.

La disciplina di *self-disclosure* non è conformata sulle caratteristiche delle imprese pubbliche, ma a queste è solo adattata, sulla scorta di una forzata assimilazione di esse alle pubbliche amministrazioni³⁷. Nella disciplina italiana è opportuno rilevare che gli obblighi di trasparenza e informativi valgono limitatamente nei confronti dell'attività di pubblico interesse svolta dalle società partecipate, mentre tale dovere non sussiste quando l'attività svolta sia connaturata da mera gestione patrimoniale.

La normativa uruguayana assicura un grado di trasparenza superiore, perché non opera alcuna distinzione rispetto all'attività posta in essere, ma impone una pubblicazione integrale degli atti indicati dalla legge che trascende la - quasi mai agevole - distinzione tra segmento di gestione patrimoniale, e pertanto segregato e attività di pubblico interesse, e per ciò ostensibile.

Da ultimo, viene in rilievo il potere disciplinare³⁸, inteso quale ultimo e residuale presidio dell'etica pubblica, di cui sono titolari le amministrazioni pubbliche in caso di violazioni della legge 16070 (articolo 21), testo di recepimento della Convenzione Interamericana contro la Corruzione.

In questo contesto sociale e normativo, in cui "una delle forme velate di corruzione, che maggiormente nuoce all'esercizio della funzione pubblica, è la mancanza di coscienza dell'agente pubblico rispetto al

³⁶ Art. 3, legge 20 novembre 1998, n. 17040: "para que el usuario no especializado pueda formarse un juicio cabal del servicio y su tarifa".

³⁷ Cfr. M. MACCHIA, *Gli obblighi di trasparenza delle società pubbliche: prevale il sostantivo o l'aggettivo?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7/2014, pp. 767-775; in via di principio, la scelta sembra rispondere al canone di proporzionalità, in quanto l'ostensibilità è strettamente legata alla finalità pubblica dell'attività i cui dati per legge meritano di essere pubblicati. "Cumulando le società pubbliche una natura privata, quando operano in regime di concorrenza, e una natura pubblica, quando esercitano una funzione amministrativa, la legge 190/2012 prevedeva gli obblighi di trasparenza nel secondo caso e li escludeva nel primo. Un tale approccio, che può essere definito modo della coincidenza – poiché alla natura del soggetto coincidono le regole di diritto ad esso corrispondenti – sembra superato. Appare preferibile un differente approccio, ossia il modo della separazione, in cui regna il disallineamento tra natura del soggetto e natura della disciplina applicabile. L'indice rivelatore di questo approccio sta nell'estensione alle società in controllo pubblico di buona parte degli obblighi informativi validi per le amministrazioni, a prescindere dall'attività svolta dalla compagine sociale".

³⁸ In senso più ampio sul tema, Cfr. R. FLORES DAPKEVICIUS, *Derecho penal administrativo :el procedimiento disciplinario*, Montevideo, 2016; R. FLORES DAPKEVICIUS, *El nuevo procedimiento disciplinario : según el decreto 222/014*, in *Revista CADE : doctrina y jurisprudencia*, n. 32/2015; A.A. GUTIÉRREZ, *Sobre el acceso y el control de las actuaciones en el procedimiento administrativo disciplinario*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 5/2012.

significato assiologico del servizio pubblico, un deficit che deve essere colmato con gli strumenti e gli istituti propri del diritto amministrativo³⁹”, che riveste un ruolo centrale ed esiziale, per l’attuazione eticamente corretta delle funzioni pubbliche.

3. Contesto giuridico e precisazioni terminologiche in tema di contratti pubblici

Le condotte eticamente corrette e quelle corrotte, nelle procedure di affidamento di lavori e servizi, rappresentano gli antipodi nelle relazioni che intercorrono tra amministrazioni pubbliche e fornitori privati.

I fenomeni corruttivi non ledono solo il regolare andamento del mercato, ma minano nel profondo “i più basilari valori di democrazia, etica e giustizia⁴⁰”.

La legge uruguayana di approvazione della Convenzione Interamericana contro la Corruzione, n. 17040 del 1998, definisce la corruzione come “l’uso indebito di potere pubblico o di una funzione pubblica, al fine di ottenere un vantaggio economico per sé o per altri, si sia consumato o no un danno allo Stato”.

La dottrina ha fornito un’interpretazione estensiva della norma, disancorando il fenomeno dal mero vantaggio economico; la corruzione si configura nelle ipotesi di utilizzo delle potestà pubbliche per fini privati, al fine di procurare un vantaggio o un beneficio indebito, di qualsiasi natura.

Tale definizione permette di combattere contro un nemico imponderabile ma non più “immortale⁴¹”, poiché si rileva il valore di promuovere condotte etiche, come antidoto ai fenomeni corruttivi, molto oltre gli schemi e le definizioni legali che rischiano di imprigionare le soluzioni e non il problema, soprattutto nell’ambito della contrattazione amministrativa.

Per molti anni, la dottrina uruguayana ha negato l’esistenza del contratto amministrativo, intesa come categoria unitaria, poiché lo Stato poteva agire unicamente in via unilaterale⁴² o in ogni caso non era ipotizzabile un rapporto contrattuale autentico, perché lo stesso rinveniva la propria genesi in un atto amministrativo, espressione di potestà pubblica⁴³.

La ricostruzione che tuttavia appare unanimemente recepita attualmente è quella che afferma l’esistenza di detta categoria, anche se si rende necessario un approfondimento sulla terminologia e sugli aspetti concettuali del tema.

³⁹ J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Ética, Poder Y Estado*, Buenos Aires, 2004, pp. 19-20.

⁴⁰ Preambolo della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione firmata in Mexico, l’11 dicembre 2003, e approvata in Uruguay in virtù della legge 20 novembre 2006, n. 18056.

⁴¹ Cfr. P. PIRAS, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in *Il diritto dell’economia*, n. 1/2015, pp. 35-47.

⁴² In tal senso, Cfr. A. MÉNDEZ, *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1952, pp. 116-120.

⁴³ J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español: su fundamento y sus consecuencias*, Madrid, 1998.

La dottrina iberoamericana ha utilizzato, fino agli anni '90 del secolo scorso, le espressioni contratto amministrativo, contratto statale e contratto pubblico quali sinonimi, per poi distaccarsi da tale impostazione e conferire autonomia concettuale, e quindi normativa, alle categorie summenzionate.

Il contratto amministrativo esige il rispetto di un cd. criterio organico, ossia l'intervento di un'amministrazione pubblica nell'esercizio di una funzione amministrativa, per superare la vecchia impostazione che distingueva tra contratti amministrativi in senso stretto e contratti privati della pubblica amministrazione⁴⁴.

Il contratto statale, detto anche contratto per acquisti statali o centralizzati, è un accordo nel quale una delle parti è un'entità statale, non in senso stretto, ma intesa quale organizzazione giuridica della collettività.

Il contratto pubblico risponde a un criterio funzionale più ampio, in virtù del quale si intende soddisfare la frammentazione della soggettività, per ricomprendere nel ruolo di amministrazione aggiudicatrice non solo l'amministrazione pubblica, ma anche gli altri enti non statali o privati istituiti per soddisfare esigenze di interesse generale⁴⁵.

Tra i tanti criteri⁴⁶ utilizzati dalla dottrina per qualificare un contratto in termini di contratto amministrativo, quello che appare preferibile è il criterio soggettivo⁴⁷, che richiede che una delle parti dell'accordo sia una pubblica amministrazione.

In considerazione di ciò, l'amministrazione deve perseguire il pubblico interesse attraverso il modulo consensuale, ma la presenza stessa di un soggetto pubblico in qualità di contraente, ammette l'esistenza nel rapporto sinallagmatico di clausole o poteri definiti esorbitanti⁴⁸.

Tali poteri devono essere razionali, soggetti alla legge e il ricorso agli stessi deve essere giustificato da particolari esigenze, tra le quali viene in rilievo l'impellenza o la necessità di portare a compimento un'opera pubblica.

Le clausole esorbitanti sono sintomatiche del carattere pubblicistico e autoritativo con il quale può intervenire l'amministrazione, collocandosi in una posizione di superiorità giuridica, giustificata dalla prevalenza dell'interesse pubblico di cui sono portatrici.

⁴⁴ In tal senso, Cfr. C. DELPIAZZO, *Contratación Administrativa*, Montevideo, 1999, pp. 7 e ss.

⁴⁵ Cfr. C. DELPIAZZO, *Tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública*, in C. DELPIAZZO (a cura di), *Nuevos aspectos de las relaciones administrativas*, Montevideo, 2011, pp. 337-340.

⁴⁶ Tra i criteri utilizzati dalla dottrina iberoamericana vengono in rilievo il criterio di qualificazione legislativa, di giurisdizione, formale, delle clausole esorbitanti, delle prerogative esistenti, del servizio pubblico, della subordinazione, teleologico (la funzione del fine pubblico perseguito), della sostenibilità. Cfr., A. DURÁN MARTÍNEZ, *El Contrato Administrativo en Uruguay*, in *Estudios jurídicos*, n. 12/2014, p. 121.

⁴⁷ In tal senso, Cfr. F. ROTONDO TORNARÍA, *Manual de derecho administrativo*, Montevideo, 2009, pp. 385-394.

⁴⁸ Sul tema in senso ampio, Cfr. A. DURÁN MARTÍNEZ, *¿Prerrogativas exorbitantes?*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 8/2013.

Secondo altra impostazione, la presenza di tali clausole è decisiva per determinare se il contratto sia o no amministrativo.

La presenza di tali condizioni contrattuali⁴⁹ attribuisce un privilegio permanente e irrinunciabile all'amministrazione, e le stesse risultano pienamente conformi alla "teoria del contratto amministrativo". Per tale ricostruzione, la pubblica amministrazione non può rinunciare a un potere che, anche se non è previsto da specifica clausola, è endemico e ontologicamente presente nel rapporto contrattuale con il privato.

Questo squilibrio contrattuale, sia o meno previsto esplicitamente in una clausola, non deve incrinare "l'equazione economico-finanziaria del contratto". Il bilanciamento tra i poteri dell'amministrazione e i diritti del contraente privato e la necessità di non esporre quest'ultimo a un'instabilità negoziale smisurata, ha condotto la dottrina a coniare il principio generale⁵⁰ di garanzia integrale del patrimonio del contraente privato⁵¹.

La pubblica amministrazione è titolare di ampie facoltà per la celebrazione di contratti amministrativi e l'intera procedura di selezione del contraente privato deve seguire due direttrici fondamentali, l'uguaglianza tra gli offerenti e il rispetto inflessibile del bando di gara.

I limiti a tali facoltà non sono gli stessi che la pubblica amministrazione incontra nello svolgimento di attività amministrative unilaterali, ma sono improntati all'esigenza "di assicurare condizioni ottimali, o le migliori possibili, per l'erogazione del servizio pubblico, senza discriminazioni arbitrarie tra le imprese e nel solco di regole tracciato unicamente dal bando di gara⁵²".

Tali presupposti e la finalità pubblica che deve essere soddisfatta con l'esecuzione del modulo negoziale permettono di sostenere la *sustantividad*, ossia l'autonomia e l'esistenza concettuale, ancor prima che normativa, dei contratti amministrativi, intesi quali categoria unitaria⁵³.

⁴⁹ In concreto, tali clausole o poteri dell'amministrazione si sostanziano in: a) l'esecutività, propria dell'amministrazione rispetto ai propri atti, applicabile anche al contratto, anche contro la volontà del privato; b) *ius variandi*, possibilità di modificare unilateralmente le prestazioni oggetto del contratto; c) facoltà di recesso unilaterale di cui è titolare la pubblica amministrazione, per ragioni di merito, di opportunità o di convenienza, cui non è collegato un indennizzo integrale nei confronti del privato; d) potere di indirizzo e controllo in relazione alle modalità di adempimento del contratto; e) facoltà di interpretare unilateralmente le clausole del contratto. Cfr. A. PÉREZ HUALDE, *Exorbitancia de las prerrogativas de la administración en los contratos*, in *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* (Mexico), 2011, pp. 179-180.

⁵⁰ In senso contrario, C. DE CORES, *El equilibrio en los contratos con la administración*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 8/2013, p. 687, nega l'esistenza di un principio generale di diritto che imponga il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario dei contratti con la pubblica amministrazione.

⁵¹ T. HUTCHINSON, *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado*, in *Contractación Administrativa*, Montevideo, 1998, p. 948.

⁵² *Ex multis*, *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* sentenze n. 331/2007, 264/2006, 531/2004.

⁵³ Cfr. M. RISSO FERRAND, *Los principios generales de la contratación administrativa en Uruguay*, in M. C. VÁZQUEZ PEDROUZO (a cura di), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, Montevideo, 2011, pp.

I contratti amministrativi consentono alla pubblica amministrazione di soddisfare un interesse rilevante, che richiede una realizzazione immediata e diretta, attraverso uno strumento che consente una sintesi tra scopo perseguito e oggetto dell'accordo, che si proietta nel regime strutturale (*sustantivo*) e normativo.

4. Il sistema di affidamento di commesse pubbliche, il *TOCAF (Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado)*

Il testo normativo che disciplina il sistema per l'affidamento di lavori e servizi pubblici ai privati è il decreto 11 maggio 2012, n. 150, noto come *TOCAF*, Testo di Contabilità e Amministrazione Finanziaria dello Stato, perché regola anche gli acquisiti e le spese dello Stato che non seguono le regole dell'evidenza pubblica⁵⁴.

I principi che presiedono il sistema di affidamento di commesse pubbliche sono elencati dall'articolo 149 del *TOCAF*, rubricato "Principi in materia di Legge di Contabilità e Amministrazione Finanziaria dello Stato", che sostituisce la rubrica dell'articolo 59 della precedente legge 4 novembre 2011, n. 18834, che si riferiva espressamente ai "Principi in materia di contrattazione amministrativa".

La disposizione vigente, dopo l'elencazione non tassativa dei principi, conclude con un inciso che ha suscitato non poche perplessità, secondo il quale i criteri fungono da criterio interpretativo per la risoluzione di questioni applicative degli stessi.

Come rilevato in maniera pienamente condivisibile⁵⁵, limitare la funzione di tali principi alla sola risoluzione di questioni interpretative corrisponde a uno svilimento stesso della natura dei principi, che sono vere e proprie regole di diritto.

I criteri fondamentali enunciati dall'articolo 149 citato non rappresentano un'elencazione tassativa, ma sono integrati a monte dal principio, *rectius* vero e proprio diritto alla buona amministrazione⁵⁶.

373-393; la dottrina ha sempre parlato di *cumplimiento*, ossia di adempimento degli obblighi del bando di gara e rispetto dei doveri che da esso derivano, anche se non esisteva, e non esiste, alcuna norma al riguardo.

⁵⁴ La prima redazione del *TOCAF* risale alla legge 16170 del 1995 che raccomandava al Potere Esecutivo la "confección de un Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera", raccomandazione eseguita con il decreto del 10 giugno 1997, n. 194 denominato *TOCAF 1997*. La legge precedente, non denominata *TOCAF*, risale al 1987. Per una disamina storico-normativa sul tema, Cfr. C. DELPIAZZO, *A proposito del tercer TOCAF*, Montevideo, 2012.

⁵⁵ Cfr. A. DURÁN MARTÍNEZ, *Principios de la contratación administrativa*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 8/2013, p. 56; "è ontologicamente assurdo e logicamente contraddittorio che i principi siano relegati a un ruolo confinato alla sola fase patologica del sistema".

⁵⁶ Sul tema, in senso più ampio, Cfr. G. RUOCCO, *Proyecciones del concepto de "buena administración"*, in C. DELPIAZZO (a cura di), *Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo. En homenaje al profesor Enrique Sayagués Laso en el centenario de su nacimiento*, Montevideo, 2012.

Inoltre, l'enunciazione dell'articolo 149 non rappresenta una novità per il diritto uruguayo poiché alcuni principi sono ricavati dall'articolo 2 del decreto 27 settembre 1991, n. 500, la cd. legge generale sul procedimento amministrativo.

E' opportuno precisare che l'art. 149 del *TOCAF* mutua, in parte, un'elencazione proposta da altri ordinamenti, intesi sia in termini di diritto positivo che in termini di ricognizioni dottrinali, con terminologia talvolta identica.

L'articolo 1 della legge spagnola 30 ottobre 2007, n. 300 con una norma programmatica garantisce il rispetto dei principi plasmati dalle direttive euro unitarie, con particolare riguardo alla libertà di accesso alle gare e la non discriminazione tra concorrenti; l'articolo 3 della legge brasiliana 21 giugno 1943, n. 8666 garantisce il rispetto dei principi di pubblicità e giudizio obiettivo nella valutazione delle offerte; l'articolo 1 della *Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administracion Pública* di El Salvador, decreto legge 5 aprile 2000, n. 868, enuncia i principi di centralizzazione normativa e decentralizzazione operativa.

In Argentina, in ordine ai criteri di selezione del contraente, la dottrina⁵⁷ ha focalizzato la riflessione sui principi di efficienza, pubblicità, diffusione, trasparenza e parità di trattamento per gli interessati e i partecipanti alla gara.

La dottrina brasiliana⁵⁸, in relazione alla fase della gara in senso stretto, indica la prevalenza ontologica dei principi di isonomia e di rispetto delle condizioni prefissate nel bando di gara.

Un'indagine approfondita dei singoli principi previsti dall'articolo 149 del *TOCAF* si rende necessaria per percepire come tali assiomi abbiano garantito un livello alto di trasparenza e stabilità per l'intero sistema di affidamento di lavori e servizi pubblici.

4.1 Principi per l'affidamento di contratti amministrativi

I principi in materia di contrattazione pubblica non svolgono solo una funzione di indirizzo e interpretativa, ma rivestono un significato diretto a garantire un livello etico minimo e, per altro verso, rendono concreto il concetto di buona amministrazione.

Il primo principio enunciato, di flessibilità, è sintomatico della morfologia stessa del sistema, è una sorta di manifesto ideologico e sistematico dell'intera disciplina.

La flessibilità si contrappone al concetto di rigidità, e svela il carattere meramente strumentale della procedura di selezione del contraente, che deve essere solo un espediente duttile per perseguire un fine

⁵⁷ Cfr. J. C. CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, 2005, p. 72.

⁵⁸ C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 2003, p. 487.

ulteriore⁵⁹. Il procedimento deve adeguarsi alle caratteristiche e alle circostanze, al fine di instaurare, sin dalla pubblicazione del bando di gara, una relazione fluida e dinamica di collaborazione, tra i privati e l'amministrazione, che deve informare anche il successivo rapporto contrattuale in senso stretto.

L'applicazione di tale principio deformalizza l'intera fase pubblicistica e implica, in maniera tacita, un'eventuale regolarizzazione⁶⁰ postuma di carenze formali, errori materiali o di scarso rilievo, senza che ciò alteri il trattamento ugualitario tra i concorrenti.

Il principio di flessibilità rinviene un contro-limite in relazione ai principi essenziali o minimi da garantire nell'erogazione del servizio, nei confronti dei quali non può operare⁶¹.

Tale principio di elasticità operativa è suscettibile di indefinite applicazioni pratiche, attraverso la valorizzazione del dato sostanziale costituito dalla strumentalità della procedura, ma merita di essere segnalato il cd. "schema di contrattazione elettronica", realizzato interamente attraverso procedure informatizzate, corollario diretto dell'assioma in esame, a cui si ricorre ancora solo in fase sperimentale.

La lettera B) dell'articolo 149 enuncia tre principi⁶², di pubblicità, di uguaglianza tra gli offerenti e di rispetto della libera concorrenza, che informano l'intero agire amministrativo, ma che assumono una tonalità peculiare e particolarmente intensa in materia di contrattazione pubblica.

Il principio di pubblicità svolge una doppia funzione⁶³. In primo luogo, rivela al maggior numero possibile di potenziali contraenti la volontà amministrativa di negoziare. In secondo luogo, durante lo svolgimento del procedimento di selezione, implica che gli atti endo-procedimentali siano redatti in forma pubblica, al fine di garantire trasparenza all'intera filiera e permettere un'eventuale impugnazione degli stessi, da parte degli interessati, fondata su ragioni concrete.

⁵⁹ Cfr. A. SAYAGUÉS, *El nuevo régimen de compras*, Montevideo, 1991, pp. 45-46; la flessibilità consente di fornire la pubblica amministrazione di una serie di strumenti diretti al raggiungimento del fine perseguito con la procedura in esame.

⁶⁰ L'articolo 65 del TOCAF prevede un meccanismo simile all'istituto del soccorso istruttorio, in quanto prevede che "La Administración no podrá otorgar a los proponentes un plazo máximo de dos días hábiles para salvar los defectos, carencias formales o errores evidentes o de escasa importancia; este plazo podrá ampliarse para el caso de proveedores del exterior y en tal caso se aplicará a todos los oferentes. El plazo antes mencionado no se otorgará cuando a juicio de la Administración no se altere materialmente la igualdad de los oferentes, cuando existan defectos o errores habituales en un oferente determinado, o cuando se presuma la existencia de alguna maniobra destinada a obtener una ventaja indebida."

⁶¹ Il principio di flessibilità non opera in ordine ai requisiti essenziali o sostanziali, in tutte le procedure competitive che sviluppa la pubblica amministrazione; opera nei confronti dei requisiti di forma, nel rispetto del limite del principio di uguaglianza tra i privati, che ha forza e valore di principio sovra-costituzionale. Cfr. P. LEIZA ZUNINO, *Contratos de la Administración Pública*, Montevideo, 2012, p. 157.

⁶² A parere di A. DURÁN MARTÍNEZ, *Principios de la contratación administrativa*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 8/2013, p. 66, il principio sovraordinato è quello di uguaglianza, dal quale derivano quello di pubblicità e di rispetto della libera concorrenza

⁶³ Cfr. H. CASSINELLI MUÑOZ, *El principio de publicidad en la gestión administrativa*, in *Revista Derecho, Jurisprudencia y Administración*, n. 58/2011, pp. 162-170.

La pubblicità degli atti deve rispettare canoni sostanziali, deve realizzarsi attraverso modalità informatiche, poiché la finalità perseguita non deve limitarsi alla promozione del principio di concorrenza, ma deve consentire una *crítica pública*, una sorta di controllo generalizzato sulle procedure di gara, per facilitare la partecipazione popolare e, infine, potenziare il controllo giudiziario⁶⁴.

La pubblicità degli atti è un principio funzionale al rispetto della *par condicio competitorum*, che si sostanzia nel divieto di discriminazione tra gli stessi e nell'imparzialità di cui è titolare la pubblica amministrazione in sede di valutazione delle offerte.

L'articolo 49 del *TOCAF*, al fine di evitare disparità illegittime, sanziona con rigore le cd. clausole del bando *ad personam*, redatte per essere soddisfatte da una persona o società specifica, con una lesione evidente del principio di libera concorrenza.

Il rispetto dell'uguaglianza tra i concorrenti si rende necessaria in ogni fase della procedura, dalla redazione del bando, alla fase di presentazione delle offerte⁶⁵ e anche nella fase esecutiva del contratto.

Nella fase di esecuzione del contratto, il principio di uguaglianza impone la coerenza tra la prestazione richiesta dal bando e quella prevista nel contratto, l'inalterabilità della sostanza stessa dell'accordo dopo la stipula dello stesso e il mantenimento della cd. equazione economico-finanziaria in favore del contraente privato.

Il rispetto del principio di libera concorrenza postula la partecipazione del maggior numero possibile di potenziali contraenti, per assicurare all'amministrazione aggiudicatrice un'ampia platea di alternative.

L'applicazione di tale principio non impedisce talune limitazioni, giustificate esclusivamente dalle peculiarità dell'oggetto del contratto e pertanto non lesive della *par condicio competitorum*, legate a esigenze specifiche, tra le quali la necessaria titolarità di determinate capacità tecniche o una soglia minima di solvenza economica richiesta all'impresa.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui i limiti alla libera concorrenza non siano palesi o evidenti, il bando deve essere interpretato nel senso di garantire il più ampio numero possibile di offerenti⁶⁶.

Il principio di ragionevolezza, calato nel contesto in esame, impone che l'oggetto del contratto sia adeguato alla finalità pubblica perseguita.

Una ponderazione irrazionale e sproporzionata, sviluppata dal potere pubblico in sede di redazione del bando, non solo è illegittima ma è contraria anche al dovere di buona amministrazione.

⁶⁴ Cfr. A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1998, pp. 9-12.

⁶⁵ Corollario di tale assioma è la immodificabilità dell'offerta, in tal senso, C. DELPIAZZO, *Ética y corrupción en la contratación pública en Uruguay*, in C. DELPIAZZO – R.G. LEON (a cura di), in *Ética pública y patologías corruptivas*, Montevideo, 2014, p. 263.

⁶⁶ M. CALOGERO, *Los principios en los procedimientos de seleccion del contratista*, in *Revista de Derecho Administrativo* (Argentina), n. 30/1999, pp. 236-237.



La ragionevolezza impone che ogni attuazione della pubblica amministrazione, dal momento genetico della deliberazione a contrarre, sia indispensabile, proporzionata all'obiettivo perseguito, necessaria, non lesiva dell'equazione tra costi e benefici e rispettosa di tutti gli interessi coinvolti⁶⁷.

La ragionevolezza deve essere apprezzata da multiple prospettive, e non come concetto generale, ma declinata in base alle regole tecniche, il cui rispetto è funzionale all'esecuzione stessa del contratto.

Altro principio cardine è quello di *delegación*, che si pone quale soluzione al problema del cd. *centralismo burocrático*, che implica la necessità di ricorrere all'organo gerarchicamente superiore anche per la risoluzione di problematiche comuni, generando lentezza nell'attività e fenomeni di autoritarismo.

Il principio di assenza di ritualità è uno dei cardini dell'intero sistema di affidamento di lavori e servizi e pubblici, in virtù del quale "la forma è un mezzo e non un fine da perseguire"⁶⁸.

L'attività amministrativa, anche di matrice contrattuale, deve essere valutata in funzione della sostanza e non della forma, al fine di eliminare le fasi e i termini superflui o comunque non necessari, che rendono gravoso o inutilmente complesso l'agire pubblico.

Tale principio ha anche un retaggio storico, ossia la volontà di contrapporre il diritto indipendente uruguayo, al diritto coloniale spagnolo, in vigore fino alla dichiarazione di indipendenza del 1825, che era irrigidito da numerose formalità.

La lettera F) dell'articolo 149 richiama espressamente il principio di materialità, che la dottrina amministrativista definisce alternativamente significatività o trascendenza. La portata di tale principio risiede nel mettere in rilievo gli aspetti sostanziali a discapito del formalismo, inteso quale tendenza patologica a concepire gli istituti come forma e non come sostanza. In relazione alle procedure di gara, tale principio consente di valorizzare il contenuto del bando in senso stretto, inteso quale prestazione oggetto del servizio o dei lavori.

Il principio di veridicità salvo prova contraria enfatizza l'affidamento reciproco nei rapporti tra privato e amministrazione, come reazione alla diffidenza che ha caratterizzato tale relazione per molti anni, sfiducia alimentata soprattutto durante gli anni del regime militare.

Il principio di buona fede pubblica, previsto dalla lettera I) dell'articolo 149 del *TOCAF*, rappresenta una declinazione specifica per i contratti pubblici di ciò che è previsto in via generale dall'articolo 1291 del Codice Civile dell'Uruguay, nell'ambito dell'esecuzione dei contratti tra privati e dall'art. 6 della legge sul

⁶⁷ Cfr. J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre Derecho Administrativo*, Montevideo 2008, p. 55; "la ragionevolezza è uno degli standard e dei criteri più preziosi del nostro tempo e costituisce un limite invalicabile per tutte le attività dello Stato".

⁶⁸ H. FRUGONE SCHIAVONE, *Principios del procedimiento administrativo*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 10/2015, p. 77; la forma non è un valore in sé, si deve rifuggire dalla convinzione secondo cui la formalità sia una soluzione, che al contrario pregiudica l'efficienza stessa dell'azione amministrativa, che si trova ingessata da vincoli ingiustificati o eccessivi.

procedimento amministrativo. Inoltre, e l'assunto si cala perfettamente nel tema in esame, rappresenta uno strumento di controllo del valore etico nella condotta degli agenti pubblici e degli amministratori.

Il principio di buona fede pubblica deve informare i rapporti tra amministrazione e privati finanche nell'eventuale fase estintiva del contratto.

La dottrina, sulla base di un'analisi del contenzioso amministrativo, ha proposto una tripartizione dei comportamenti contrari a buona fede, nei rapporti contrattuali tra amministrazione e imprese.

La prima tipologia di comportamenti è riconducibile ai casi di sabotaggio del contratto, che si realizza ogniqualvolta si registri un comportamento omissivo o ostruzionistico perpetrato unicamente in danno dell'esecuzione dell'accordo.

La seconda tipologia riguarda tutti i comportamenti che generano nella controparte un legittimo affidamento, tradito da successive condotte contrarie a quelle originarie.

La terza comprende quella che la dottrina uruguayana definisce buona fede solidale (o del buon samaritano) che impone una condotta corretta, al solo fine di non ledere la posizione contrattuale altrui.

La buona fede è posta a tutela anche della stessa amministrazione, poiché garantisce che l'amministrato mantenga un comportamento leale, sia durante la fase di gara, sia durante l'esecuzione del contratto, nell'esercizio dei suoi diritti e nell'adempimento dei suoi obblighi⁶⁹.

La necessità di operare una ponderazione dei principi suesposti, espressione di diverse tensioni ed esigenze, rende necessario il rinvio a criteri di risoluzione in caso di conflitto tra i principi stessi.

La dottrina iberoamericana, sulla scia dell'impostazione pretoria e dottrinale tedesca⁷⁰, sviluppata alla fine del XIX secolo, ha individuato tre distinti criteri di risoluzione dei conflitti tra differenti principi, in materia di contrattazione amministrativa, che non sono in un rapporto di subordinazione, ma sono alternativi e la scelta del canone da seguire è rimessa alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

In primo luogo, viene in rilievo l'idoneità della restrizione, ossia l'opportunità di sacrificare un valore, per perseguire un interesse contrapposto, avendo come unico parametro di riferimento l'ottimale erogazione del servizio, oggetto della gara pubblica.

In secondo luogo, la necessità della restrizione del principio, il sacrificio o la limitazione dell'interesse è ammissibile solo se non esistono soluzioni alternative in concreto, solo se tale sacrificio si riveli imprescindibile per la corretta e celere celebrazione della procedura ad evidenza pubblica.

Infine, sussiste la ponderazione in senso stretto, attraverso un'enunciazione anticipata dell'importanza che ogni singolo valore riveste in relazione alla singola prestazione oggetto del contratto pubblico, in base all'interpretazione delle clausole del bando, ad opera della stessa amministrazione.

⁶⁹ Cfr. J. GONZALEZ PEREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1999, pp. 91-92.

⁷⁰ Cfr. R. ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2001.

4.2 La *licitación pública*

I contratti amministrativi costituiscono una -seppur rilevante- parte dell'attività amministrativa e come tali devono onorare sia i principi tipici dell'evidenza pubblica, sia i principi tipici che informano l'intero agire amministrativo.

L'amministrazione è "un'istituzione inglobata in un'altra istituzione, lo Stato⁷¹", e come tale deve adempiere il dovere di buona amministrazione⁷², che se calato nel contesto dell'attività contrattuale, si concretizza in una corretta esecuzione dei servizi pubblici esternalizzati.

L'articolo 33 del *TOCAF* enuncia il criterio generale di affidamento dei contratti amministrativi, che devono essere celebrati all'esito di una gara pubblica o altro procedimento competitivo espressamente previsto⁷³.

Secondo un'accreditata impostazione⁷⁴, l'amministrazione può prediligere gli alternativi procedimenti competitivi solo se sussistono le condizioni previste per legge, in assenza delle quali è obbligata a scegliere la gara pubblica.

A fronte della gara pubblica sussistono determinate eccezioni⁷⁵, legate a fattori qualitativi o quantitativi, quali la *licitación abreviada* o l'affidamento diretto del servizio, procedure vincolate al valore economico complessivo dell'operazione.

"La gara pubblica è un procedimento relativo a una modalità di celebrazione di determinati contratti, la cui finalità è la determinazione del soggetto privato che offre alla pubblica amministrazione le condizioni più vantaggiose. Consiste in un invito agli interessati affinché, assoggettandosi alle richieste dal bando di gara, formulino proposte, tra le quali l'amministrazione seleziona la più vantaggiosa. Tutto il procedimento di selezione del contraente si ispira ai principi di parità tra i privati e di rispetto (*rectius* adempimento) delle clausole del bando di gara⁷⁶".

Per altra definizione, coniata dalla dottrina argentina, "la gara pubblica è il procedimento amministrativo preparatorio al palesarsi della volontà contrattuale, attraverso il quale un ente pubblico, nell'esercizio della

⁷¹ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1921, pp. 11-14.

⁷² Cfr. A. DURÁN MARTÍNEZ, *La buena administración*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 1/2010, p. 189; la scelta dello strumento adeguato per il perseguimento del fine pubblico deve essere perseguito in maniera più rigorosa in tema di contrattazione pubblica.

⁷³ L'articolo 33 del *TOCAF* recita: "Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente".

⁷⁴ Cfr. P. LEIZA ZUNINO, *Contratos de la Administración Pública*, Montevideo, 2012, p. 212.

⁷⁵ È prevista la possibilità di ricorrere alla *licitación abreviada* se la somma dell'operazione non eccede i cinque milioni di pesos uruguayos; si può ricorrere all'affidamento diretto se l'operazione complessiva non eccede i duecentocinquanta mila pesos uruguayos.

⁷⁶ E. SAYAGUÉS LASO, *La licitación pública*, Montevideo, 1978, p. 42.

funzione amministrativa in senso ampio, invita gli interessati a formulare proposte per l'aggiudicazione del ruolo di co-contraente, nel rispetto del bando di gara⁷⁷”.

La fase pubblicistica della procedura di gara termina con l'adozione di un atto amministrativo, l'aggiudicazione, momento procedimentale che può corrispondere con la selezione del co-contraente o con il perfezionarsi stesso del contratto, secondo i casi.

Originariamente, la gara pubblica perseguiva il duplice obiettivo di permettere all'amministrazione di stipulare il contratto più conveniente e assicurare a tutti gli offerenti di aggiudicarsi il ruolo di contraente, scopi da perseguire in maniera rigorosa.

Tuttavia, si avverte una tendenza ermeneutica a riconoscere l'esistenza di un terzo obiettivo da perseguire attraverso il regime giuridico dei contratti pubblici, ossia garantire l'attuazione di determinate politiche pubbliche, in particolare in materia ambientale, per assicurare uno sviluppo sostenibile.

In linea generale, la gara pubblica, intesa come procedura competitiva in senso stretto, dipende da tre presupposti⁷⁸, uno logico, uno giuridico e uno di fatto, analizzati in profondità dalla dottrina brasiliana⁷⁹.

Il presupposto logico è l'esistenza di una pluralità di servizi, di lavori e di beni da esternalizzare, da rendere oggetto di procedura di selezione.

Il presupposto giuridico è che la gara pubblica sia un mezzo adeguato per essere servente all'interesse pubblico.

Il presupposto di fatto è l'esistenza di potenziali contraenti privati sul territorio, interessati a partecipare alla gara pubblica.

L'esposizione analitica dei principi per l'affidamento di contratti pubblici e delle caratteristiche strutturali delle procedure di selezione del contraente consente di investigare la portata effettiva dei principi etici in un modello così marcatamente e ontologicamente flessibile.

5. Etica pubblica e modelli di trasparenza nelle procedure d'appalto

Il tema dell'etica pubblica⁸⁰ non rappresenta un campo di indagine nuovo e non esplorato, ma la riviviscenza dello stesso è legata indissolubilmente alla ricerca di misure preventive per affrontare il flagello della corruzione.

⁷⁷ R. DROMI, *La licitación pública*, Buenos Aires, 1999, p. 46.

⁷⁸ Sul tema, in maniera approfondita, Cfr. F. MARTINS DE OLIVEIRA, *Direito administrativo brasil-argentina*, Belo Horizonte, 2007.

⁷⁹ Cfr. B. DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 2003, pp. 481-484.

⁸⁰ Sul tema, in senso ampio, Cfr. C. DELPIAZZO, *Ética y derecho público*, in *Estudios jurídicos*, n. 12/2014, pp. 13-19; M. HANNA DE ROSA, *¿De qué hablamos cuando hablamos de ética?: ética, moral y función pública*, in *Estudios jurídicos*, n. 12/2014, pp. 193-199; A. DURAN MARTINEZ, *Ética, estado de derecho, buena administración*, Montevideo, 2013; J. RODRÍGUEZ PEREIRA, *Ética pública y actividad de control*, in *Tribuna del abogado*, n. 176/2012, pp. 28-32.

La declinazione pubblica dell'etica è diretta a pretendere dai funzionari pubblici un'azione, e più in generale una condotta, orientata al corretto onorevole e adeguato svolgimento delle funzioni di interesse generale.

L'attuale declinazione dell'etica quale misura anti-corruttiva e la preoccupazione su una patologia latente che era radicata nelle istituzioni, rinviene la propria genesi, a livello mondiale, nello cd. scandalo *Watergate* negli Stati Uniti d'America, che segna il passaggio tra due epoche in relazione al livello di allerta mediatica e legislativa sul tema in esame.

L'eco dello scandalo aveva condotto alla promozione e allo sviluppo del tema dell'etica pubblica, attraverso l'istituzione dell'Officina dell'Etica o dell'approvazione dell'apposita legge negli Stati Uniti, alla fine degli anni '70.

La declinazione pubblica dell'etica si manifesta in ogni comportamento, in ogni attuazione dell'agire pubblico, costituisce un fondamentale parametro di controllo e uno strumento per il mantenimento o l'implementazione dell'affidamento riposto degli amministrati nelle istituzioni⁸¹.

L'*ética pública* rappresenta un complesso di principi, con radici morali e giuridiche, che devono regolare le condotte umane al servizio dell'interesse pubblico, orientando le stesse al corretto, onorevole e trasparente adempimento delle funzione pubblica.

Per altro verso, questo dovere a natura mista, morale e giuridico, deve rinvenire negli amministrati e nella cittadinanza in generale una platea di destinatari che devono coadiuvare il corretto esercizio dei pubblici uffici.

Nell'ambito della contrattazione pubblica, l'etica è un valore preminente, in tutte le fasi della procedura, da perseguire quale virtù assoluta per la delicatezza e la preminenza del tema degli appalti pubblici, attraverso l'imprescindibile strumento della trasparenza amministrativa.

Il principio di trasparenza, che la dottrina uruguayana individua quale derivato del principio di pubblicità, "con il quale è intimamente imparentato⁸²", ha acquisito autonoma dignità e rilievo in relazione alla necessità pratica di operare un controllo permanente sull'attività statale, per favorire un ampio processo di *disclosure* nei confronti degli amministrati, destinatari ultimi dell'operato pubblico.

La trasparenza risulta uno strumento per garantire equità e chiarezza nelle procedure di selezione del contraente e di converso conferire solidità all'intero apparato istituzionale.

⁸¹ Una condotta onesta, integra moralmente dei funzionari pubblici è uno dei fattori esiziale per il miglioramento dell'immagine istituzionale nel suo complesso. Sul tema, Cfr. J. M. JAVIER, *Ética y transparencia en la contratación pública*, in C. DELPIAZZO (a cura di), *Comentarios al TOCAF sobre la contratación pública*, Montevideo, 2015.

⁸² C. DELPIAZZO, *Transparencia en la contratación administrativa*, Montevideo, 2005, p. 131; J. LOZANI, *La hora de la transparencia en América Latina: el manual de anticorrupción en la función pública*, Buenos Aires, 1998.

L'adozione di misure politiche e amministrative relative alla *probidad ética* nei contratti amministrativi rappresenta, al contempo, lo strumento e il punto di arrivo nell'ottimizzazione dei rapporti tra amministrazione e cittadini.

La segretezza dell'agire amministrativo deve retrocedere al ruolo di eccezione, da motivare e giustificare, solo con esigenze d'interesse generale o in base alla protezione di diritti individuali⁸³, attraverso una ponderazione di valori da compiere nel prisma del principio di ragionevolezza.

Il riconoscimento, a livello positivo, di un vero e proprio diritto all'accesso alle informazioni pubbliche avviene con l'entrata in vigore della legge 17 ottobre 2008, n. 18831, il cui articolo 1 statuisce che la promozione della trasparenza amministrativa di tutti gli organi pubblici è garantita quale diritto fondamentale della persona umana.

L'articolo 8 della medesima legge prevede che le eccezioni al generale principio di trasparenza amministrativa debbano essere di stretta interpretazione, applicativa e pretoria, e comprendono le situazioni di fatto caratterizzate dalle legge in termini di carattere riservato e confidenziale delle stesse.

Il principio di trasparenza così concepito opera come base fondamentale dello Stato democratico e la sua consacrazione in termini di diritto fondamentale risulta basilare per l'istituzione di un corpo istituzionale trasparente.

La corruzione si pone agli antipodi giuridici e concettuali della trasparenza e dell'etica pubblica; i fenomeni corruttivi rinvengono nel buio⁸⁴ e nelle secretazione dell'agire amministrativo gli alleati più formidabili.

Gli elementi strutturali del reato di corruzione sono individuati dal Codice Penale uruguayo nella distrazione di funzioni pubbliche e nel profitto indebito, non necessariamente di natura economica.

Le manifestazioni del fenomeno corruttivo nell'ambito dei contratti pubblici assumono carattere peculiare e specifico e si sostanziano in un coacervo di pratiche indebite che spesso risultano difficilmente percepibili dall'esterno e si annidano in ogni fase della procedura⁸⁵.

⁸³ Cfr. N. ACOSTANEILL, *Derecho a la intimidad y prueba ilícita en la controversia fiscal a nivel administrativo y jurisdiccional*, in *Revista tributaria*, n. 254/2016, pp. 667-675.

⁸⁴ Cfr. F. PINTO, *I ladri amano il buio*, intervento svolto al convegno di Napoli su *'Efficienza, Legalità, Controlli. Pesi e contrappesi'*. A tal proposito, si consenta di citare, il sottotitolo del sito del Washington Post, celebre quotidiano statunitense, che nel febbraio 2017 è diventato *"Democracy Dies in Darkness"*, celebre espressione utilizzata dal giornalista Bob Woodward nei giorni dello scandalo *Watergate*.

⁸⁵ J. M. JAVIER, *Ética y transparencia en la contratación pública*, *op. cit.*, p. 108; è opportuno segnalare tra le condotte distorsive della funzione pubblica, la rinegoziazione di contratti già stipulati, che non sono soggetti alle stesse esigenze di trasparenza cui sono soggetti i contratti originariamente conclusi. La modificazione unilaterale dei parametri, in modo da pregiudicare un'impresa che in sede di gara aveva rispettato i parametri richiesti dal bando. Fenomeni corruttivi si annidano nella fase della liquidazione del contratto o nel pagamento del servizio da parte dell'amministrazione, che avviene nella fase di esecuzione del contratto sulla quale gravano obblighi di trasparenza meno stringenti. La pubblica amministrazione può corrispondere cifre superiori a quelle pattuite in origine.

Le diverse estrinsecazioni della corruzione sono suscettibili di generare una serie di conseguenze di diversa natura, economica, politica e sociale che hanno come comune denominatore il gravare sui costi pubblici, nazionali ed internazionali. Gli effetti della corruzione alterano l'economia, nelle sue variabili macroeconomiche, causando la riduzione degli investimenti, in ragione dell'incertezza che genera nelle imprese e nell'inefficienza dovuta alla bassa produttività di un mercato manipolato.

La corruzione accertata conduce a uno scoraggiamento generalizzato, sia per gli investimenti stranieri sia per quelli nazionali, incide sulla crescita economica di un'intera area di mercati e influenza negativamente la vitalità delle politiche di una nazione e, nel lungo periodo, è capace di delegittimare lo Stato stesso. L'applicazione congiunta di etica pubblica e trasparenza svolge un ruolo rimediabile di notevole impatto. La dottrina⁸⁶ ha positivizzato l'etica pubblica in un catalogo di doveri concreti da rispettare, al fine di non rendere tale strumento un mero principio programmatico insuscettibile di applicazione pratica.

In primo luogo, la *servicialidad*, la disponibilità impone al funzionario di dedicarsi letteralmente alla funzione pubblica di cui è titolare, nella piena indipendenza da partiti o gruppi politici, come statuito peraltro dall'articolo 58 della Costituzione.

Ulteriore corollario è la *probidad*, l'onestà delle singole attuazioni, che devono altresì apparire ed essere integre, rette e oneste, dirette all'adempimento dei doveri pubblici.

La *probidad* è determinata in senso negativo, perché la legge individua tutti i comportamenti contrari alla stessa, ex articolo 20 della legge 25 novembre 1998, n. 17060. Tra questi si citano l'avvalersi della carica per conseguire un beneficio diretto e utilizzare, per fini personali, informazioni riservate o privilegiate apprese nell'esercizio delle proprie funzioni.

La lealtà obbliga i funzionari pubblici ad agire con onore e integrità; la fedeltà si concretizza nella volontà di attuare i propri uffici senza arrecare alcun danno agli amministrati e pericolo o potenziale riduzione di prestigio all'ente pubblico⁸⁷.

Inoltre, sussiste il principio di ragionevolezza che impone che tutte le attività pubbliche che incidano, in via diretta o mediata, su interessi privati devono essere idonee, indispensabili e proporzionate.

L'osservanza della discrezione impone al funzionario il doppio obbligo di mantenere segrete le determinazioni conosciute nell'esercizio delle proprie funzioni e di essere cauto nell'esprimere opinioni per preservare il prestigio dell'amministrazione.

⁸⁶ Cfr. F. ROTONDO TORNARIA, *El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad*, Montevideo, 2014, pp. 418-430.

⁸⁷ Cfr. D. H. MARTINS, *Estatuto del funcionario*, Montevideo, 1965, p. 187; secondo l'autore, il dovere di lealtà si scompone in tanti doveri particolari, quali il dovere di riservatezza dei dati sensibili, il dovere di esercitare le funzioni esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, il dovere di collaborazione nei confronti degli altri soggetti pubblici.



Ulteriore corollario dell'etica pubblica è l'autonomia tecnica, che presuppone l'indipendenza quale criterio di disimpegno funzionale dei doveri e si riflette nell'imparzialità dell'agire⁸⁸.

Strettamente connessa al perseguimento dell'etica pubblica è l'idoneità alla funzione, che si sostanzia nell'attitudine tecnica nell'accesso a una determinata carica pubblica, riguardo alle competenze sviluppate dal funzionario⁸⁹.

Ulteriormente, la diligenza implica un esercizio ottimale degli uffici, in termini tempistici e di spesa.

Da ultimo, ma con notevole impatto pratico, viene in rilievo la neutralità politica del funzionario, essenziale per garantire l'imparzialità e il carattere servente dell'attività, attuata e percepita, affinché non sia compromesso il diritto alla buona amministrazione.

I corollari dell'etica pubblica - esplicitati o meno in norme di diritto positivo - devono essere integrati dalle cd. *buenas prácticas*, ossia il complesso di comportamenti, con valore accessorio, che devono essere rispettati nello svolgimento di mansioni pubbliche.

In relazione alle misure preventive dei fenomeni corruttivi, meritano di essere segnalate la pubblicità delle spese, l'esigenza di prevenire i conflitti di interesse, il rifiuto ad accettare benefici privati di qualsiasi tipo e la diffusione dei risultati dall'amministrazione.

La diffusione della rendicontazione della spesa pubblica nelle procedure di gara è un'appendice del più ampio principio di trasparenza, che permette all'opinione pubblica di valutare l'esborso pubblico in relazione al servizio da esternalizzare.

La prevenzione dei conflitti di interesse, dovere di cui è titolare lo stesso funzionario di concerto con l'organo gerarchicamente superiore, obbliga a separare radicalmente gli interessi particolari dall'interesse generale, per eludere conflitti tra gli stessi, reali e potenziali. Nessun funzionario può detenere ruoli, durante la fase pubblicistica della gara d'appalto, che possano incrinare il divieto di "irruzione dell'interesse privato nel recinto dell'interesse pubblico"⁹⁰.

Nessun funzionario può accettare, né tantomeno sollecitare, benefici, regalie o favori di alcun genere, per se o per terzi, a titolo di gratificazione o per far valere la propria influenza nel proprio ambito operativo. Infine, la diffusione dei risultati delle gare, della percentuale di ribasso sul prezzo posto a base d'asta, devono avvenire attraverso modalità fruibili e in modo semplice, comprensibile anche da soggetti

⁸⁸ Cfr. A. MENDEZ, *Sistemas Organicos*, Montevideo, 1973, pp. 82-85; la volontà pubblica, libera dal dovere di esecuzione degli ordini dell'organo gerarchicamente superiore, può orientare la condotta collettiva verso l'etica pubblica.

⁸⁹ Sul tema, in senso ampio, Cfr. C. DELPIAZZO, *Profesionalización de la función pública en Iberoamérica*, Madrid, 2002, pp. 256-260.

⁹⁰ J. A. CAGNONI, *Justicia y sociedad: los fenómenos de la corrupción*, in *Revista de Derecho Público*, n. 11/1997, p. 15.

sprovvisi di apposite competenze, su canali mediatici e mediante l'utilizzo delle moderne tecnologie di diffusione⁹¹.

In base a tali considerazioni, si può rilevare che l'etica pubblica non è una questione aliena al diritto, ma è dotata di carica e trascendenza giuridica, che non si esaurisce nelle misure preventive e repressive, ma reclama una virtù da coltivare in ogni aspetto.

A queste determinazioni si può agevolmente giungere qualora si consideri che una delle forme velate, e proprio per questo più decisive, che colpisce l'esercizio della funzione pubblica è la carenza di coscienza dell'agente statale rispetto al significato assiologico di servizio pubblico, un deficit collegato e derivato dalla preliminare incomprensione del senso di buona amministrazione.

5.1 *Junta de Transparencia y Ética Pública*

La particolare sensibilità dell'Uruguay alle tematiche della trasparenza e dell'anticorruzione ha condotto il Parlamento, in sede di ratifica della Convenzione Interamericana contro la Corruzione, avvenuta con la legge 17060 del 1998, ad istituire un apposito organo, la *Junta de Transparencia y Ética Pública*⁹².

La legge 17060, denominata anche legge anticorruzione, oltre ad istituire la *Junta*, prevedeva un inasprimento delle pene per i reati contro la pubblica amministrazione, stabiliva un sistema di pubblicità per le dichiarazioni patrimoniali di alcune categorie di funzionari pubblici e fissava le coordinate legislative minime in tema di etica pubblica.

L'organo non rinveniva precedenti nell'organizzazione dello Stato ed era supportato, soprattutto nei primi anni, da un contesto normativo confuso e poco lineare, conseguenza di un iter e di una discussione legislativa per la costituzione dello stesso particolarmente articolata⁹³.

Da un punto di vista ontologico, la *Junta* è un organo di controllo superiore dello Stato, dotato d'indipendenza tecnica, che agisce nell'ambito del Potere Esecutivo.

La prima attività affidata alla *Junta* era un *Estudio Panorámico sobre la corrupción en Uruguay*, per valutare l'entità del fenomeno all'interno dei confini nazionali.

L'obiettivo strategico generale, il cui perseguimento è affidato alla *Junta de Transparencia y Ética Pública* (da qui in poi *JUTEPE*), è propiziare politiche e normative che rafforzino la trasparenza nella gestione statale e coadiuvare potere giudiziario e pubblica amministrazione nella lotta contro la corruzione.

⁹¹ Sul tema, si consenta di rinviare in senso ampio a G. BLUTMAN, *Introducción a la administración pública Argentina*, Buenos Aires, 2009; M. P. POCH, *Derecho y nuevas tecnologías*, Barcelona, 2005.

⁹² Al momento dell'istituzione, il nome era *Junta Asesora en Materia Económica Financiera del Estado*, mutato nell'attuale dicitura dalla legge 15 ottobre 1008, n. 18362.

⁹³ Sul procedimento legislativo di istituzione della *Junta*, Cfr. M. MALET VÁZQUEZ, *Apuntes sobre el proyecto de la Junta de Transparencia y Ética Pública : fortalecimiento de la transparencia pública*, in *Espacio abierto*, n. 14/2011.



La *JUTEP* è titolare di diversi doveri istituzionali, eterogenei tra loro, che sono meritevoli di approfondimento, al fine di apprezzare il filone normativo seguito dall'Uruguay nella lotta alla corruzione. In primo luogo, svolge una funzione consultiva per il Pubblico Ministero, e in generale per la giustizia penale, nei processi aventi ad oggetto reati contro la pubblica amministrazione. In tale contesto, la *JUTEP* agisce come perito ausiliario della magistratura, giudicante e requirente⁹⁴.

La *JUTEP* assume, all'atto della sua istituzione, la gestione e il controllo delle dichiarazioni giurate di beni ed entrate delle categorie di funzionari pubblici indicate dalla legge 17060 del 1998. Tale disposizione appare di rilievo nodale nella lotta alla corruzione, poiché rende pubblici e fruibili i dati sensibili, nell'ambito della lotta ai fenomeni corruttivi.

Una funzione di rilevanza esiziale, nel contrasto alla corruzione nei contratti pubblici, è la titolarità del controllo della *JUTEP* sul rispetto degli obblighi di pubblicazione degli atti di aggiudicazione delle gare pubbliche, come previsto dal decreto 3 novembre 2004, n. 393.

La *JUTEP* deve consolidare le proprie capacità istituzionali, per ampliare e migliorare gli adempimenti assegnati dalla legge e raggiungere una cd. fluida circolazione dei dati pubblici.

La *JUTEP* svolge anche campagne di sensibilizzazione e diffusione che contribuiscano a stimolare la coscienza pubblica, su temi di trasparenza e contrasto alla corruzione.

Per la diffusione degli obiettivi e delle buone pratiche, e per contrastare la poca visibilità istituzionale dell'organo, nel 2015, lo stesso ha stabilito un logo e ha redatto materiale informativo, da pubblicare sul sito web istituzionale, anch'esso ridisegnato per favorire la consultazione delle informazioni in maniera agevole, anche da parte di privati cittadini.

Nello stesso anno, la *Junta* ha redatto un piano di azione per incrementare le relazioni istituzionali con gli altri organi dello Stato e con le imprese, al fine di redigere un documento programmatico sulla trasparenza amministrativa.

In tema di gare pubbliche, è necessario segnalare che la *JUTEP* è titolare della gestione dell'informatizzazione e della diffusione dei dati sugli affidamenti diretti e sulle *licitación abreviada*, attraverso il sito istituzionale dell'*Agencia de Compras y Contrataciones del Estado*, sito che utilizza lo stesso dominio del sito della Presidenza della Repubblica. Negli obiettivi da perseguire nel quinquennio 2016-2021, è previsto che la *JUTEP* diventi titolare della gestione e della diffusione di tutti i dati in materia di contratti pubblici.

⁹⁴ Si consenta di rinviare, per un approfondimento a L.M. SIMÓN, *El nuevo proceso penal :los roles del Ministerio Público, el imputado y su defensor y del tribunal*, in *Revista uruguaya de derecho procesal*, n. 1/2015.

6. Ipertrofia normativa, contrattazione pubblica ed etica

La pretesa di includere postulati etici in norme di diritto espone l'individuo alle problematiche relative alla libertà di coscienza, poiché l'etica, anche se pubblica, è di dominio della coscienza, sociale in questo scenario di indagine sui contratti pubblici.

Uno studio del valore etico delle norme, nell'ambito dei contratti pubblici, riferisce di un andamento paradossale: la qualità dell'etica pubblica regredisce al proliferare di norme giuridiche che intendono regolarla.

Una linea d'indirizzo legislativo chiaro, in materia di contratti pubblici in Uruguay, è la tendenza a flessibilizzare le procedure di gara.

Il vigente *TOCAF* stabilisce che i contratti dello Stato si celebrano all'esito di una gara pubblica o altro procedimento competitivo, senza stabilire criteri di preferenza, poiché tutte le procedure che assicurino la *par condicio competitorum* sono equi-ordinate tra loro e la scelta spetta all'amministrazione.

Inoltre, le ultime riforme hanno esteso le circostanze che abilitano la stazione appaltante a ricorrere all'affidamento diretto e hanno costituito decine di imprese statali che amministrano fondi pubblici, eludendo il ricorso all'evidenza pubblica.

Tuttavia, questa 'schizofrenia' normativa ha generato solo potenziali fenomeni corruttivi, come si desume dal basso impatto della corruzione in Uruguay.

Il problema dell'etica nell'ambito dei contratti pubblici si rivela, nella sua complessità, in relazione all'articolo 149 del *TOCAF*, che elenca i principi da seguire, in maniera equivalente tra loro, senza enunciare alcun criterio di risoluzione in caso di contrasto tra gli stessi.

Ed è proprio nella risoluzione dell'eventuale conflitto tra questi principi che il pubblico funzionario deve agire, nella sua area di discrezionalità, in maniera eticamente retta o meno. Tuttavia, per includere tale comportamento etico in una norma di diritto, è opportuno rispettare determinate coordinate normative che lo stesso *TOCAF* fornisce all'interprete.

Tra questi l'articolo 72 che impone al funzionario di astenersi qualora il procedimento di gara involga questioni familiari, al fine di prevenire conflitti di interesse. L'articolo 49 che sanziona con la nullità le procedure selettive dirette a un offerente determinato. L'articolo 73 che prevede sanzioni avverso i ricorsi con finalità meramente dilatorie.

L'etica ha una ragione autonoma, interna, e le sue regole hanno natura unilaterale, si riferiscono al soggetto, mentre il diritto è di per sé eteronomo; tuttavia quando l'etica si rivela nella sua componente pubblica queste caratteristiche smarriscono la propria natura e si fondono⁹⁵.

La dottrina uruguayana⁹⁶ è solida nel ritenere che, soprattutto in tema di contratti pubblici, è opportuno implementare l'etica pubblica attraverso poche norme, ma chiare, da applicare senza eccezioni, per contrastare la corruzione e per perseguire la *seguridad jurídica*⁹⁷, inteso quale valore autonomo e non meramente strumentale.

7. Proposte per il miglioramento del livello di trasparenza.

L'Uruguay è transitato, anche in maniera piuttosto celere, da un regime di opacità evidente, che caratterizzava tutte le fasi dell'attività pubblica, a livelli di trasparenza che si attestano tra i più alti dell'intero continente iberoamericano.

Era in vigore una vera e propria 'cultura del segreto pubblico' e il manifesto ideologico di tale impostazione era l'articolo 69 del decreto organico 14 maggio 1907, che stabiliva il divieto categorico per gli impiegati pubblici di trasmettere, in qualsiasi forma, notizie e risoluzioni pubbliche, senza l'apposita autorizzazione ministeriale.

Il paese tuttavia, alla luce della legge generale di accesso alle informazioni pubbliche del 2008, si trova in una tappa di transito e il dibattito legislativo e dottrinale è concentrato su diversi disegni di legge e proposte di riforma.

In primo luogo, appare limitata la portata soggettiva della legge di accesso alle informazioni - che si rivolge espressamente solo alle persone pubbliche - in ragione della proliferazione delle persone private statali e degli enti strumentali.

Il ricorso a forme giuridiche proprie del diritto privato, per la gestione di attività statali, genera un corto circuito in termini di obblighi di trasparenza, poiché tali enti strumentali svolgono funzioni di interesse collettivo e gestiscono fondi pubblici. Il ricorrere di tali aspetti strutturali richiede necessariamente che tali enti siano soggetti agli stessi obblighi che vincolano i soggetti pubblici.

Le stesse considerazioni possono essere svolte per le imprese pubbliche concessionarie di servizi pubblici o per le organizzazioni non governative che gestiscono, in qualsiasi forma, fondi pubblici.

⁹⁵ In senso approfondito, Cfr. A. CAUMONT, *La ética como marca ontológica de la contractualidad*, in *Revista crítica de derecho privado*, n. 11/2014; G. LARIGUET, *Virtudes, ética profesional y derecho : una introducción filosófica*, Montevideo, 2012.

⁹⁶ Cfr. J. L. ECHEVARRÍA PETTIT, *Ética en la contratación pública Más Normas, ¿producirán Más Ética?*, in C. DELPIAZZO – R. G. LEAL (a cura di) *Ética pública y patologías corruptivas*, Montevideo, 2014, pp. 301-315.

⁹⁷ Sul tema si rinvia, in relazione al tormentato tema certezza-tecnologia, a A. MACHADO, *¿Qué decir de la certidumbre jurídica ante el vértigo tecnológico?*, in *Revista crítica de derecho privado*, n. 12/2015, pp. 225-241.

La corrispettiva legge di accesso brasiliana, 18 novembre 2011, n. 12527 si riferisce espressamente a tali soggetti privati titolari di funzioni pubbliche, ampliando la portata soggettiva degli obblighi di trasparenza. L'articolo 2, per tutelare il necessario diritto alla riservatezza, che per le imprese assume importanza nodale, mitiga la portata dell'obbligo in questione, e lo limita solo ai fondi pubblici ricevuti e alle attività di rilievo pubblico effettivamente svolte⁹⁸.

Altra questione di rilievo, in tema di trasparenza passiva, riguarda le eccezioni al principio generale di massima pubblicità degli atti. Gli articoli 8, 9 e 10 della legge di accesso alle informazioni pubbliche stabiliscono che gli enti pubblici non sono obbligati a pubblicare gli atti secretati per legge, le informazioni riservate e quelle confidenziali.

Le informazioni riservate non devono essere oggetto degli obblighi di trasparenza, poiché la pubblicazione delle stesse può compromettere un interesse pubblico protetto, la sicurezza pubblica, la difesa nazionale o la stabilità economico-finanziaria.

Tale obbligo non rinviene la propria fonte nella legge, ma l'ente che è in possesso di tali informazioni deve realizzare una ponderazione, definita *prueba de daño*, per determinare la pubblicazione o meno di tali atti. Tale bilanciamento deve essere realizzato dal soggetto detentore delle informazioni "mediante una risoluzione debitamente fondata e motivata, diretta a dimostrare l'esistenza di elementi oggettivi, che permettano di determinare che l'eventuale divulgazione delle stesse generino un rischio chiaro, probabile e specifico di danno", come stabilito dalla legge 27 dicembre 2013, n. 19178.

La tutela delle informazioni confidenziali, in possesso di un ente pubblico, risponde a un'altra logica di fondo, ossia la tutela e la protezione di valori quali la vita privata, l'intimità di un soggetto e la difesa dei suoi dati personali. In tali casi, l'ente deve bilanciare due valori in conflitto, l'interesse pubblico all'accesso alle informazioni e la protezione della sfera privata, mediante un esercizio definito *prueba de interés público*⁹⁹, che deve essere impiegato quale criterio di risoluzione degli eventuali conflitti.

Altro tema discusso è quello relativo all'incorporazione di nuove tecnologie che contribuiscano alla trasparenza della gestione pubblica. La legge 2 agosto 2010, n. 232 stabilisce gli obblighi minimi di trasparenza attiva, ossia le informazioni che devono essere pubblicate dall'amministrazione, senza necessità che la stessa sia sollecitata. Tale obbligo può essere incrementato attraverso la configurazione

⁹⁸ La stessa soluzione è adottata dalla legge colombiana 6 marzo 2014, n. 1712 e dalla legge di El Salvador 8 aprile 2011, n. 534. Cfr. A. H. ROBLES, *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*, Barranquilla, 2012.

⁹⁹ Tale criterio di risoluzione determina che non è sufficiente che un atto o un contratto pubblico abbiano una clausola di confidenzialità affinché tutte le informazioni contenute risultino non pubblicabili. La *prueba de interés público* è un bilanciamento, operato dall'ente, che permette di separare le informazioni ostensibili, da quelle confidenziali. Cfr. G. DELPIAZZO, *Cinco propuestas para potenciar el derecho de acceso a la información pública en Uruguay*, in C. DELPIAZZO – R. G. LEAL (a cura di) *Ética pública y patologías corruptivas*, Montevideo, 2014, p. 439.

della cd. trasparenza proattiva, ossia la pubblicazione di quei dati che risultino meritevoli di pubblicità per gli amministrati, ma la cui divulgazione non è obbligatoria per legge.

In ogni caso, le informazioni pubblicate devono essere aggiornate, attualizzate, e diffuse in formati che consentano ai cittadini di utilizzarle, analizzarle e ricavare induttivamente altri dati utili dalle stesse.

Ulteriore aspetto, oggetto di discussione politica, è quello afferente alla attuale configurazione dell' *Unidad de Acceso a la Informacion Publica (UAIP)*, organo meramente di controllo¹⁰⁰, e all'eventualità di potenziarne o migliorarne le funzioni.

Allo stato presente, il controllo avviene attraverso l'individuazione delle informazioni non pubblicate e all'applicazione di misure correttive, che non hanno tuttavia forza vincolante.

Tuttavia la *UAIP* è sprovvista di alcun potere sanzionatorio, aspetto che necessita di una revisione in sede parlamentare, in vista di una tutela effettiva del diritto di accesso.

Da ultimo, appare opportuno introdurre la mediazione quale procedimento amministrativo per prevenire controversie e, più in generale, in un'ottica deflattiva del contenzioso amministrativo in tema di accesso alle informazioni pubbliche.

L'istanza di informazioni da parte del privato può essere oscura, abusiva o presentata con fini meramente dilatori. Tutte queste situazioni di conflitto, reale o apparente, possono essere risolte con un procedimento di mediazione, di cui potrebbe essere titolare la stessa *Unidad de Acceso a la Informacion Publica*.

La disciplina di un procedimento amministrativo di mediazione può fungere da supporto sostanziale alla tutela effettiva del principio di trasparenza. Inoltre, nelle more del procedimento, si può prevedere un'audizione dell'istante o del terzo controinteressato, per snellire gli eventuali conflitti sul punto.

Il transito da una cultura del segreto a una cultura della trasparenza, in Uruguay, è avvenuto in maniera spedita ed è necessario che si prosegua lungo tale direttrice in maniera avanzata, per evitare che lo stallo o la mancata attuazione delle misure faccia riemergere lo strato di opacità che ha contraddistinto le politiche pubbliche uruguaye per decenni.

8. Brevi riflessioni conclusive

L'accertata imponderabilità del fenomeno corruttivo e la problematicità della concettualizzazione stessa della corruzione non impediscono di svolgere alcune considerazioni conclusive.

L'analisi svolta, calata - per quanto possibile - nel contesto dei contratti pubblici ha optato per un incedere legato a un modello etico ancorato ai diritti fondamentali¹⁰¹.

¹⁰⁰ Sul tema, in senso ampio, Cfr. C. DELPIAZZO, *Desafíos actuales del control*, Montevideo, 2011.

¹⁰¹ F. CAZZOLLA, *Della corruzione. Fisiologia e patologia di un sistema politico*, Bologna, 1988, pp. 11-15.

La corruzione è un fenomeno radicato tanto nei paesi in via di sviluppo quanto nelle democrazie occidentali, pertanto l'ipotesi secondo cui la modernità concorra nel ruolo di fattore causale della corruzione deve essere rigettata¹⁰².

La corruzione definita amministrativa, che nelle singole fasi dei contratti pubblici si rivela in tutte le proprie possibili manifestazioni, è un attentato grave alla stessa essenza del servizio pubblico, nella misura in cui si accerti che il funzionario deliberatamente tradisca il senso della gestione degli interessi collettivi. Ipotizzare, anche in linea puramente teorica, un testo organico sui contratti pubblici, che stabilisca anche le condotte eticamente rette da rispettare, da parte di soggetti pubblici e imprese, appare un'utopia.

La struttura tipica dei codici pubblici è integrata da prescrizioni e divieti diretti a preservare l'attività amministrativa da possibili conflitti tra interessi pubblici e privati, anche nella forma differita, in quella che nei paesi di *common law* è definita *post-employment restrictions*.

“I codici presidiano la zona grigia tra legalità e illegalità, tra corruzione bianca e corruzione nera. Tutte le fattispecie ricomprese nei codici fanno capo alla contrapposizione tra morale e discrezionalità, ma l'obiettivo ultimo è la discrezionalità responsabile, apparentemente antinomico, che le strategie basate sui codici hanno lo scopo di approssimare¹⁰³”.

Le strategie normative e quelle etiche hanno lo scopo di limitare le degenerazioni patologiche di un fattore ineludibile dell'attività amministrativa, che nel contesto delle gare pubbliche non si esaurisce nella fase di selezione, ma svela il suo carattere, anche se in maniera più sbiadita, fino all'esecuzione stessa del contratto.

L'ipertrofia normativa non rappresenta una soluzione, ma, al contrario, si è rivelata alleata del proliferare delle disfunzioni patologiche che si annidano nelle procedure di gara.

La tradizione amministrativa iberoamericana del silenzio, del segreto, della riservatezza sta assumendo - con celerità eterogenea nei singoli contesti nazionali - carattere recessivo rispetto alla cultura della trasparenza, della *total disclosure*, contestuale, omnicomprensiva e agevolmente fruibile.

La trasparenza, la pubblicazione immediata dell'intera filiera della decisione amministrativa non è di per sé sufficiente. Appare imprescindibile istituire un meccanismo efficace di controllo interno; la soluzione non è ridurre o sopprimere la discrezionalità, ma è opportuno renderla responsabile, funzionale, servente all'erogazione del servizio.

In America Latina si registra un abbandono dell'astensionismo neoliberale e il numero crescente di gare pubbliche in tutto il continente ne è la dimostrazione e sebbene non manchino le norme per sradicare la

¹⁰² In tal senso, Cfr. E. GARZÓN VALDÉS, *Acerca De La Tesis De La Separación Entre Ética Y Política*, Madrid, 1993.

¹⁰³ S. BELLIGNI, *Corruzione, malcostume amministrativo e strategie etiche*, Alessandria, 1999.

corruzione, ma difetta una scienza della funzione pubblica così diffusa da poter consolidare la *confianza* nelle istituzioni.

Il discorso si amplifica se si declina in materia di contratti pubblici; il contratto condizionato in modo patologico da interessi privati comporta una rottura del patto sociale tacito che intercorre tra stazione appaltante, imprese e utenti. Si registra una frattura del sinallagma legittimo dell'accordo, per favorire interessi distinti, deviati; nella relazione sinallagmatica, la corruzione produce uno squilibrio che pregiudica l'intero contesto nazionale, o l'area di mercato di riferimento.

L'intero continente, e l'Uruguay nello specifico, sono sulla direttrice legislativa e morale corretta per rimuovere le radici della corruzione endemica che ha contraddistinto l'America Latina per decenni; manca ancora un passo culturale, il ripudio concettuale e sociale dell'atto fraudolento, un'inversione di tendenza che può attrarre investimenti europei e statunitensi.

In questo percorso di rinvigorismento istituzionale, l'etica pubblica svolge il ruolo di antidoto permanente per evitare la ricomparsa di patologie corruttive. La politica dell'integrità, intesa quale complesso di norme e strutture di cui si avvale la pubblica amministrazione per prevenire la corruzione e alimentare l'ottimale erogazione dei servizi pubblici, si pone quale artefice imprescindibile per il contrasto alla distrazione dell'interesse pubblico.

E' altresì opportuno che il dibattito giuridico e politico si concentri sulla ricerca di un bilanciamento da operare in relazione a due esigenze apparentemente contrapposte, ma che necessitano un'analisi congiunta: la lotta alla corruzione e le esigenze connesse alla sollecita realizzazione di opere pubbliche, tra l'efficienza amministrativa e l'eventuale sacrificio dell'interesse pubblico alla legalità¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Si consenta di rinviare, come spunto di riflessione, a B. BARMANN, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2016.