

L'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione: elementi specifici per appalti e società partecipate.

di **Alberto Barbiero e Francesco Ferrari**¹



1. L'aggiornamento del PNA nella determinazione Anac n. 1/2015.

L'Autorità nazionale anticorruzione ha definito gli elementi di aggiornamento del Piano nazionale anticorruzione, individuando nella determinazione n. 12 del 28 ottobre 2015 un'articolata serie di profili per l'impostazione dei piani anticorruzione e per la loro revisione in chiave rielaborativa.

L'analisi dell'Anac assume come necessario presupposto per la reimpostazione dei piani triennali della prevenzione della corruzione la necessaria consapevolezza e condivisione degli obiettivi della lotta alla corruzione e delle misure organizzative necessarie da parte dei vertici politici delle amministrazioni.

Misure organizzative necessarie da parte dei vertici politici delle amministrazioni

In questa prospettiva, con riferimento agli enti locali l'Autorità considera necessaria l'approvazione da parte del Consiglio di un documento di carattere generale sul contenuto del PTCP, mantenendo in capo alla Giunta la competenza all'adozione finale: ne consegue che l'organo esecutivo e il vertice dell'amministrazione (il Sindaco o il Presidente per la Provincia) hanno più occasioni di esaminare e condividere il contenuto del piano.

La determinazione n. 12/2015 contiene molti elementi che sollecitano un approccio al processo elaborativo delle misure di prevenzione molto differente rispetto al passato, evidenziando la necessità del pieno coinvolgimento e della partecipazione dei titolari degli uffici di diretta collaborazione e dei titolari di incarichi amministrativi

¹ Alberto Barbiero è consulente amministrativo-gestionale, Francesco Ferrari è avvocato presso il Foro di Monza e Milano. Seppure l'articolo sia frutto di una riflessione comune, i paragrafi 1, 2 e 3 sono opera di Alberto Barbiero, mentre i paragrafi 4 e 5 sono opera di Francesco Ferrari.

L'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione: elementi specifici per appalti e società partecipate

di vertice, qualora a questi ultimi, in particolare, non sia stato affidato il ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione, in quanto queste figure, che svolgono sia fondamentali compiti di supporto conoscitivo e di predisposizione degli schemi di atti per gli organi di indirizzo, sia compiti di coordinamento e di interpretazione degli atti di indirizzo emanati nei confronti degli organi amministrativi, poiché gli stessi rivestono un ruolo chiave per il successo delle politiche di prevenzione della corruzione.

Nel quadro organizzativo disegnato dall'aggiornamento del PNA il responsabile della prevenzione della corruzione è configurato come soggetto fondamentale per l'attuazione del quadro discendente dalla legge n. 190/2012, con un ruolo-chiave nelle dinamiche organizzative sia delle amministrazioni pubbliche che delle società partecipate, nonché con uno stretto legame con il sistema dei controlli interni.

Il responsabile della prevenzione della corruzione è configurato come soggetto fondamentale

La determinazione n. 12/2015 precisa peraltro come la posizione di indipendenza che deve essere assicurata al RPC non rende coerente con i requisiti di legge la nomina di un dirigente che provenga direttamente da uffici di diretta collaborazione con l'organo di indirizzo laddove esista un vincolo fiduciario.

Per garantire che il responsabile anticorruzione svolga le sue funzioni in modo imparziale, l'Anac richiede alle amministrazioni e agli enti di diritto privato in controllo pubblico di definire nell'ambito dei propri ordinamenti atti organizzativi generali o norme specifiche (ad esempio dei regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi) per assicurare tali condizioni (simili elementi possono risultare anche dall'atto di nomina del RPC).

Il rapporto con gli uffici deve essere condotto ad una collaborazione fattiva, sviluppata dai responsabili delle articolazioni organizzative mediante una maggiore partecipazione a tutte le fasi di predisposizione e di attuazione del piano anticorruzione.

Il rapporto con gli uffici deve essere condotto ad una collaborazione fattiva

L'Anac conferma il ruolo strategico della formazione delle risorse umane coinvolte a diverso titolo nei processi mappati dal PTCP, riguardando tutte le diverse fasi: l'analisi di contesto, esterno e interno; la mappatura dei processi; l'individuazione e la valutazione del rischio; l'identificazione delle misure; i profili relativi alle diverse tipologie di misure.

L'Autorità focalizza tuttavia l'attenzione proprio sui processi di gestione del rischio, evidenziando l'inadeguatezza dei piani attuali sotto questo profilo.

Le misure anticorruzione devono essere concrete e sostanziali per risultare efficaci, ma per raggiungere questo obiettivo le amministrazioni devono rafforzare i vari punti della metodologia di composizione del piano anticorruzione.

L'aggiornamento del PNA richiede anzitutto un'analisi del contesto esterno ed interno effettiva, che deve essere migliorata sotto il profilo dell'accuratezza.

La mappatura dei processi deve essere effettuata su tutta l'attività svolta dall'amministrazione o dall'ente di diritto privato in controllo pubblico, quindi non solamente con riferimento alle cd. "aree obbligatorie" ma anche a tutte le altre aree di rischio individuate.

L'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione: elementi specifici per appalti e società partecipate

La determinazione n. 12/2015 precisa inoltre come nella valutazione del rischio sia necessario tenere conto delle cause degli eventi rischiosi e il trattamento del rischio deve consistere in misure concrete, sostenibili e verificabili.

Il trattamento del rischio deve consistere in misure concrete, sostenibili e verificabili

L'Anac introduce tuttavia un nuovo approccio, evidenziando la necessità di contrastare sia i comportamenti penalmente rilevanti sia le situazioni che determinano distorsioni dell'attività amministrativa, facendo riferimento al concetto di maladministration che deve determinare la definizione di misure ad ampio spettro.

2. La focalizzazione sul settore degli appalti come area di rischio.

L'Anac dedica una parte rilevante dell'aggiornamento del PNA alle problematiche inerenti il settore degli appalti pubblici, evidenziando l'area come una di quelle a maggior rischio corruzione e riferendo alla stessa la necessità di un'analisi accurata, per tutte le fasi dei processi di acquisizione.

La determinazione n. 12/2015 individua sei fasi rispetto alle quali le amministrazioni pubbliche e le società partecipate devono operare una sostanziale reimpostazione delle misure contenute nei piani anticorruzione:

- a) la programmazione;
- b) la progettazione;
- c) la selezione del contraente;
- d) la verifica dell'aggiudicazione e la stipulazione del contratto;
- e) l'esecuzione del contratto;
- f) la rendicontazione dell'appalto.

Nel quadro di analisi si assume la completa mappatura dei processi come necessario presupposto per l'impostazione di misure efficaci, associata però a un'autoanalisi organizzativa, che deve rappresentare in termini dettagliati la situazione, permettendo di individuare i punti di forza e le criticità.

L'esame dei processi deve essere strutturato per ciascuna delle macro-fasi che compongono la sequenza per la realizzazione di un appalto, rilevando i possibili eventi rischiosi e le anomalie significative, nonché modulando un sistema di indicatori di rischio e definendo misure specifiche.

L'esame dei processi deve essere strutturato per ciascuna delle macro-fasi

3. L'analisi dei processi specifici relativi agli appalti.

La prima fase su cui l'Anac evidenzia la necessità di adeguare le misure anticorruzione è la programmazione, sia con riferimento ai lavori sia con riguardo ai beni e servizi (stante la facoltatività in questo settore).

L'Autorità segnala la necessità di una programmazione molto ben strutturata,

L'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione: elementi specifici per appalti e società partecipate

che non lasci spazio ad interventi impropri del privato attraverso le forme di finanza di progetto ad iniziativa spontanea e che non comporti l'inserimento nel programma triennale di opere che vadano a premiare interessi particolari, destinate ad essere realizzate da determinati operatori economici.

La fase della progettazione presenta molte tipologie di rischio, risultando tra i sub-processi più esposti al verificarsi di conflitti di interesse e ad improprie interazioni "informali" tra operatori economici e stazione appaltante.

La fase della progettazione presenta molte tipologie di rischio

Nella fase di selezione del contraente l'Anac individua alcuni dei fattori di rischio di maggiore pericolosità, spesso riconducibili alle fattispecie della turbativa del procedimento di selezione del contraente (art. 353-bis c.p.) e della turbativa d'asta (art. 353 c.p.), con manipolazioni della gara al fine di pilotarne l'aggiudicazione (ad es. attraverso l'applicazione distorta dei criteri di valutazione al fine di favorire un certo operatore o la nomina di componenti delle commissioni giudicatrici in conflitto di interesse).

Questa fase è particolarmente significativa anche per le anomalie che segnalano le condizioni di rischio: dalla scarsa o assente pubblicità dei bandi all'insufficiente definizione dei criteri motivazionali in base ai quali attribuire i punteggi nelle gare con l'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'elaborazione di indicatori si presenta come correlabile ad un'ampia serie di fattori operativi, tanto che lo stesso aggiornamento del PNA presenta vere e proprie checking-list, facilmente trasponibili nelle misure anticorruzione, al pari dei sistemi di audit interno, più volte richiamati.

L'elaborazione di indicatori si presenta come correlabile ad un'ampia serie di fattori operativi

La fase della verifica dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto presenta rischi rilevanti, poiché è uno dei momenti nei quali può essere alterato il risultato della gara, mediante l'omissione dei controlli atti a favorire un aggiudicatario in realtà privo di requisiti di ordine generale o di capacità.

In merito alla fase dell'esecuzione del contratto, invece, l'Anac ribadisce una tradizionale posizione di attenzione rispetto alle forti rischiosità determinate

a) dalla mancanza o dalla carenza di controlli sull'effettivo stato di avanzamento dell'appalto;

b) dall'utilizzo improprio delle varianti, il cui numero nell'ambito dell'appalto potrebbe essere analizzato mediante un indicatore specifico.

L'Anac evidenzia infine la necessità di analizzare i potenziali rischi anche per la fase relativa alla rendicontazione dei contratti, ad esempio per evitare che alcuni pagamenti sfuggano alla tracciabilità dei flussi finanziari.

4. Aggiornamento del PNA e società pubbliche.

La determinazione ANAC n. 12/2015 ha confermato l'applicabilità della normativa anticorruzione anche per le società pubbliche, delineando, però, un diverso regime a seconda che le stesse siano o meno sottoposte al controllo pubblico.

L'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione: elementi specifici per appalti e società partecipate

Per il vero numerosi spunti in tal senso erano già stati anticipati nella precedente determinazione n. 8/2015 dell'agosto scorso, ove, appunto l'ANAC aveva appunto dettato le c.d. Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici.

Tali Linee guida² sono innanzitutto indirizzate alle società (oltre che agli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni, nonché agli enti pubblici economici) ma, aspetto ancora più importante, sono rivolte alle amministrazioni pubbliche che vigilano, partecipano e controllano gli enti di diritto privato e gli enti pubblici economici.

Ad avviso dell'Autorità, infatti, spetta in primo luogo a dette amministrazioni promuovere l'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza da parte di tali enti. Ciò in ragione dei poteri che le amministrazioni esercitano nei confronti degli stessi ovvero del legame organizzativo, funzionale o finanziario che li correla.

L'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza

Vale la pena rammentarne i punti salienti, articolati in sei paragrafi.

Il primo paragrafo ricostruisce il quadro normativo e fornisce alcune indicazioni interpretative di carattere generale.

I paragrafi successivi riguardano le società in controllo pubblico e le società a partecipazione pubblica non di controllo (§ 2), gli altri enti di diritto privato controllati e partecipati (§ 3), gli enti pubblici economici (§ 4). Per ciascuna macro categoria di società ed ente sono fornite indicazioni in merito all'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e all'attuazione degli obblighi di trasparenza.

Il quinto paragrafo è dedicato alle attività di vigilanza svolte dall'ANAC mentre nel sesto paragrafo si era definito il regime della disciplina transitoria.

Evitando di ripercorrere il quadro normativo applicabile, ci concentreremo sul diverso regime di applicabilità che riguarda le società in controllo pubblico e le società a partecipazione pubblica non di controllo, evidenziando sin da ora che ad avviso dell'Autorità, occorre tenere distinte le società direttamente o indirettamente controllate dalle amministrazioni pubbliche, individuate ai sensi dell'art. 2359, co. 1, numeri 1 e 2, del codice civile, e quelle, come definite all'art. 11, comma 3, del d.l.gs. n.33/2013, a partecipazione pubblica non maggioritaria, in cui, cioè, la partecipazione pubblica non è idonea a determinare una situazione di controllo (di seguito "società a partecipazione pubblica non di controllo").

² In particolare le Linee guida erano intervenute sulle seguenti parti del PNA: 1.3 - *Destinatari* – pag. 12; 3.1.1 - *I Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione - PT.PC. - e i modelli di organizzazione e gestione del d.lgs. n. 231 del 2001* – pag. 33-34; 3.1.2 *Trasparenza* – pag. 35; 3.1.7 - *Conferimento di incarichi dirigenziali in caso di particolari attività o incarichi precedenti (pantouflage – revolving doors)* – pag. 40; 3.1.8 - *Incompatibilità specifiche per posizioni dirigenziali* – pag. 42; Allegato 1 A *Soggetti e ruoli della strategia di prevenzione*; A.1 *Soggetti e ruoli della strategia di prevenzione a livello nazionale* – pag. 3; A.2 *Soggetti e ruoli della strategia di prevenzione a livello decentrato* – pag. 5 e 6; B.3.1 *Ambito di applicazione delle norme sulla trasparenza* – pag. 34-36; B.9 *Incompatibilità specifiche per posizioni dirigenziali* - pag. 50

L'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione: elementi specifici per appalti e società partecipate

Dal novero delle società controllate sono state escluse, con interpretazione autentica, quelle sottoposte al c.d. controllo contrattuale che non presuppone alcuna partecipazione di pubbliche amministrazioni al capitale di una società, laddove il criterio di individuazione dei soggetti sottoposti alla normativa anticorruzione privilegiato dal legislatore, anche alla luce dell'art. 11 co. 3 del d.lgs. n. 33/2013 e dell'art. 1, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 39/2013 appare connesso alla presenza di una partecipazione al capitale o all'esercizio di poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi.

Occorre, infatti, segnalare che la distinzione tra le società in controllo pubblico e quelle a partecipazione pubblica non di controllo non ha carattere meramente formale bensì conforma, in modo differenziato, l'applicazione della normativa anticorruzione, in ragione del diverso grado di coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni all'interno delle due diverse tipologie di società.

Ciò impone che le società controllate debbano necessariamente rafforzare i presidi anticorruzione già adottati ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 ovvero introdurre apposite misure anticorruzione ai sensi della legge n. 190/2012 ove assente il modello di organizzazione e gestione ex 231/2001 mentre oneri minori graveranno per le società a partecipazione pubblica non di controllo, nei confronti delle quali le amministrazioni partecipanti si devono attivare per promuovere l'adozione del suddetto modello organizzativo.

Ovviamente, come specificato dalla stessa ANAC, tra le società in controllo pubblico rientrano anche le società *in house* e quelle in cui il controllo sia esercitato da una pluralità di amministrazioni congiuntamente.

5. I profili applicativi del PNA e del suo aggiornamento alle società partecipate.

Date tali premesse, le misure in materia di prevenzione della corruzione si applicano alle società controllate, direttamente o indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni e ciò vale anche qualora le società abbiano già adottato il modello di organizzazione e gestione (in acronimo MOG) previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001. A tale riguardo, come sopra precisato, le amministrazioni controllanti sono chiamate ad assicurare che dette società, laddove non abbiano provveduto, adottino un modello di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001³.

Come noto, le due distinte normative ed il loro ambito di applicazione (nonostante l'analogia di fondo dei due sistemi, finalizzati entrambi a prevenire la commissione di reati nonché ad esonerare da responsabilità gli organi preposti qualora le misure adottate siano adeguate), non coincidono, sussistendo, infatti, differenze significative tra i due sistemi normativi.

In particolare, quanto alla tipologia dei reati da prevenire, il d.lgs. n. 231 del 2001 ha riguardo ai reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società o che comunque siano stati commessi anche e nell'interesse di questa (art. 5), diversamente dalla legge 190 che è volta a prevenire anche reati commessi in danno della società.

³ L'art. 1 del d.lgs. n. 231/2001 dispone espressamente che le sue disposizioni non si applicano solo «allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale».

Le società controllate debbano necessariamente rafforzare i presidi anticorruzione già adottati

Le misure in materia di prevenzione della corruzione si applicano alle società controllate

L'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione: elementi specifici per appalti e società partecipate

In relazione ai fatti di corruzione, il decreto legislativo 231 del 2001 fa riferimento alle fattispecie tipiche di concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione, nonché alla corruzione tra privati, fattispecie dalle quali la società deve trarre un vantaggio perché possa risponderne.



La legge n. 190 del 2012, ad avviso dell'Autorità, fa riferimento, invece, ad un concetto più ampio di corruzione, in cui rilevano non solo l'intera gamma dei reati contro la p.a. disciplinati dal Titolo II del Libro II del codice penale, ma anche le situazioni di "cattiva amministrazione", nelle quali vanno compresi tutti i casi di deviazione significativa, dei comportamenti e delle decisioni, dalla cura imparziale dell'interesse pubblico, cioè le situazioni nelle quali interessi privati condizionino impropriamente l'azione delle amministrazioni o degli enti, sia che tale condizionamento abbia avuto successo, sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo.

Ad un concetto più ampio di corruzione

Pertanto, la responsabilità a carico del Responsabile della prevenzione della corruzione (prevista dall'art. 1, comma 12, della legge n. 190/2012) si concretizza al verificarsi del genere di delitto sopra indicato commesso anche in danno della società, se il responsabile non prova di aver predisposto un piano di prevenzione della corruzione adeguato a prevenire i rischi e di aver efficacemente vigilato sull'attuazione dello stesso.

A tale proposito, nella determinazione n. 12/2015 l'Autorità ha dato indicazioni nel senso che le funzioni di RPC siano affidate ad uno dei dirigenti interni della società o dell'ente di diritto privato in controllo pubblico, mentre, nelle sole ipotesi in cui la società sia priva di dirigenti, o questi siano in numero molto limitato, il RPC potrà essere individuato in un profilo non dirigenziale che garantisca comunque le idonee competenze. In ultima istanza, e solo in casi eccezionali, il RPC potrà coincidere con un amministratore, purché privo di deleghe gestionali.

L'organo che nomina il RPC è l'organo di indirizzo della società ovvero il Consiglio di amministrazione o altro organo con funzioni equivalenti.

In ogni caso, considerata la stretta connessione tra le misure adottate ai sensi

L'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione: elementi specifici per appalti e società partecipate

del d.lgs. n. 231 del 2001 e quelle previste dalla legge n. 190 del 2012, le funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione, dovranno essere svolte in costante coordinamento con quelle dell'Organismo di vigilanza nominato ai sensi del citato decreto legislativo.

In questa ottica, nelle società in cui l'Organismo di vigilanza sia collegiale e si preveda la presenza di un componente interno, è auspicabile che tale componente svolga anche le funzioni di RPC. Questa soluzione, rimessa all'autonomia organizzativa delle società, consentirebbe il collegamento funzionale tra il RPC e l'Organismo di vigilanza. Solo nei casi di società di piccole dimensioni, nell'ipotesi in cui questa si doti di un Organismo di vigilanza monocratico composto da un dipendente, la figura del RPC può coincidere con quella dell'Organismo di vigilanza.

Le società controllate adottano, ai sensi del combinato disposto dell'art. 10 e dell'art. 11 del d.lgs. n. 33/2013, un "Programma triennale per la trasparenza e l'integrità" in cui viene definito il modello organizzativo che esse intendono adottare per assicurare il raggiungimento degli obiettivi di trasparenza.

Le società controllate adottano "Programma triennale per la trasparenza e l'integrità"

Nel Programma sono specificate le modalità, i tempi di attuazione, le risorse e gli strumenti di verifica dell'efficacia delle iniziative e degli obblighi in materia di trasparenza. Nello stesso Programma, come sopra anticipato, le società indicano, esplicitandone la motivazione, quali sono le attività non qualificabili di pubblico interesse che quindi come tali, non sono sottoposte alle misure di trasparenza previste dal d.lgs. n. 33 del 2013 e quelle che invece sono di pubblico interesse.

Quanto alle società a partecipazione pubblica non di controllo (che secondo l'ANAC sono quelle definite dall'art. 11, co. 3, del d.lgs. n. 33/2013 come a partecipazione pubblica non maggioritaria, ossia quelle in cui le amministrazioni detengono una partecipazione non idonea a determinare una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359, co. 1, numeri 1 e 2, del codice civile), l'Autorità ha ritenuto che, in considerazione del minor grado di controllo che l'amministrazione esercita su di esse - trattandosi di mera partecipazione azionaria - l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione comporta oneri minori rispetto a quelli imposti alle società in controllo pubblico.

Per la trasparenza, la stessa legge n. 190/2012 e il d.lgs. n. 33/2013 prevedono obblighi di pubblicazione ridotti.

Fondamentale, per gli adempimenti effettivi che le società devono porre in essere è l'allegato 1 alla richiamata determinazione n. 8/2015 in cui sono riassunti con chiarezza e specificità i principali adattamenti degli obblighi di trasparenza contenuti nel D.lgs. n. 33/2013.

Gli adempimenti effettivi che le società devono porre in essere

Nella determinazione n. 12/2015, poi, l'ANAC ha specificato, in conformità con le Linee guida di cui alla determinazione n. 8/2015, la possibilità di nominare referenti del RPC nelle società di ridotte dimensioni appartenenti ad un gruppo

L'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione: elementi specifici per appalti e società partecipate

societario, laddove sia stato predisposta un'unica programmazione delle misure di prevenzione *ex lege* 190/2012 da parte del RPC della capogruppo.