Autorità Nazionale Anticorruzione

Relazione annuale 2014

Roma, Camera dei deputati
2 luglio 2015

Autorità Nazionale Anticorruzione

Relazione annuale 2014

Roma, Camera dei deputati
2 luglio 2015

Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente dell'Autorità

Raffaele Cantone

Componenti del Consiglio

Michele Corradino

Francesco Merloni

Ida Angela Nicotra

Nicoletta Parisi

Segretario Generale

Angela Lorella Di Gioia

Autorità Nazionale Anticorruzione

Indice

INTRODUZIONE 1

PARTE I - Il contesto normativo e istituzionale della nuova ANAC 17

Capitolo 1 - La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione 19

1.1 Il decreto legge 90/2014 19

1.2 Il Piano di riordino e la nuova organizzazione 24

1.2.1 Il Piano di riordino 24

1.2.2 La nuova organizzazione 27

1.3 I punti di contatto 30

Capitolo 2 - I rapporti istituzionali 35

2.1 Le audizioni in Parlamento 36

2.2 I protocolli di intesa 44

2.2.1 Gli accordi per la prevenzione dell'illegalità 45

2.2.2 Gli accordi per la formazione e la promozione della cultura della legalità 51

Capitolo 3 - Le relazioni internazionali 55

3.1 I rapporti con organizzazioni di livello universale 56

3.2 I rapporti con organizzazioni di livello europeo 61

3.3 I rapporti bilaterali con gli altri Stati 64

PARTE II - I contratti pubblici 67

Capitolo 4 - Il contesto di riferimento 69

4.1 Gli ambiti di intervento dell'Autorità 69

4.2 Il mercato dei contratti pubblici 72

4.3 I servizi per il mercato: il sistema AVCPASS 80

Capitolo 5 - L'attività di vigilanza 87

5.1 La vigilanza collaborativa 89

5.2 Le attività ispettive 93

5.3 La vigilanza nel settore dei lavori pubblici 96

5.3.1 Le anomalie nella progettazione e nell'esecuzione delle opere 96

5.3.2 Le criticità nell'affidamento degli incarichi di progettazione 106

5.3.3 Lo sviluppo anomalo del contenzioso in fase esecutiva 109
5.3.4 Altre problematiche 111
5.4 La vigilanza sulle varianti 112
5.5 Le attività relative al sistema di qualificazione delle imprese 115
5.6 La vigilanza nel settore dei servizi e delle forniture 119
Capitolo 6 - Le misure straordinarie per la gestione dei contratti pubblici 127
6.1 La prevenzione della corruzione nell'evento Expo 2015 127
6.1.1 I poteri speciali del Presidente connessi a Expo 2015 128
6.1.2 L'attività svolta dall'UOS 130
6.1.3 Il protocollo di intesa con l'OCSE 132
6.1.4 Le attività svolte e i risultati conseguiti nella collaborazione con l'OCSE 133
6.2 Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese 137
6.2.1 L'art. 32 del d.l. 90/2014 137
6.2.2 L'attività interpretativa e consultiva 140
6.2.3 Il circuito collaborativo avviato con il Ministero dell'Interno e le prefetture 145
6.2.4 Le principali esperienze applicative 147
6.2.5 L'interpretazione dei procedimenti *ex* art. 32, co. 10 151
Capitolo 7 - L'attività consultiva 155
7.1 Il Precontenzioso 155
7.2 I pareri resi sulla normativa dei contratti pubblici 168
Capitolo 8 - La risoluzione delle controversie: l'arbitrato e le attività della Camera arbitrale 175
8.1 L'arbitrato nei contratti pubblici: una storia complessa e un presente difficile 175
8.2 L'andamento delle attività della Camera arbitrale e le proposte di riforma 179
Capitolo 9 - La regolazione del mercato 183
9.1 Le determinazioni su questioni di carattere generale 184
9.2 Le linee guida riguardanti settori specifici 191
9.3 I bandi-tipo 194
9.4 Gli atti di segnalazione al Governo e al Parlamento 198
9.5 I prezzi di riferimento 201
PARTE III - La prevenzione della corruzione e la trasparenza 207

Capitolo 10 - Gli ambiti di intervento dell'ANAC 209
10.1 Il contesto di riferimento 209
10.2 Le nuove funzioni in materia di prevenzione della corruzione 213
10.3 Le funzioni in materia di trasparenza 215
10.4 La necessaria collaborazione con il Dipartimento della funzione pubblica 216
Capitolo 11 - La prevenzione della corruzione 219
11.1 Le misure organizzative di prevenzione della corruzione 219
11.1.1 Il Piano nazionale anticorruzione del 2013 e il suo aggiornamento 219
11.1.2 I problemi relativi all'ambito soggettivo di applicazione 221
11.1.3 I PTPC delle singole amministrazioni 225
11.1.4 Il Responsabile della prevenzione della corruzione 228
11.1.5 Le relazioni annuali dei RPC 232
11.1.6 L'attività di vigilanza: alcuni casi emblematici 246
11.1.7 La necessaria interlocuzione tra ANAC e RPC 250
11.2 Le misure per assicurare l'imparzialità soggettiva del funzionario pubblico 250
11.2.1 Le misure di *pre-employment* 251
11.2.2 Le misure di *post-employment*: astensione e *pantouflage* 258
11.2.3 I Codici di comportamento dei funzionari pubblici 261
11.3 L'emersione dei fenomeni corruttivi: la tutela del *whistleblower* 262
11.4 L'attività di regolazione 264
11.5 Fenomeni corruttivi e appalti pubblici: uno studio congiunto ANAC-ISTAT 266
11.6 Le azioni dell'ANAC in materia di formazione 271
Capitolo 12 - La trasparenza 275
12.1 L'attività di vigilanza 276
12.1.1 La vigilanza d'ufficio 276
12.1.1.1 La vigilanza in attuazione della delibera 71/2013 277
12.1.1.2 La vigilanza in attuazione della delibera 77/2013 281
12.1.1.3 La vigilanza sugli obblighi in materia di contratti pubblici 288
12.1.2 La vigilanza su segnalazione 290
12.1.2.1 L'analisi delle segnalazioni pervenute nel 2014 291
12.1.2.2 L'efficacia dell'attività di vigilanza su segnalazione 296

12.1.2.3 I dati del primo trimestre 2015 297
12.2 L'attività consultiva 298
12.3 L'attività di regolazione 301
Capitolo 13 - I limiti della normativa vigente e qualche ipotesi di correzione 309
13.1 Le misure organizzative di prevenzione della corruzione 309
13.2 Le inconferibilità e le incompatibilità degli incarichi amministrativi 311
13.3 I comportamenti dei funzionari pubblici 318
13.4 Il *pantouflage* 320
13.5 Il *whistleblowing* 321
13.6 La disciplina in materia di trasparenza 322
13.7 La disciplina in materia di sanzioni e sul potere di ordine 328

Elenco degli acronimi e delle abbreviazioni più utilizzati

Acronimo	Descrizione
ABI	Associazione Bancaria Italiana
ACWG	*Anti Corruption Working Group*
ADR	*Alternative Dispute Resolution*
AFAM	Alta formazione artistica, musicale e coreutica
AGCM	Autorità garante della concorrenza e del mercato
AGCOM	Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
AIR	Analisi di impatto della regolazione
ANAC	Autorità Nazionale Anticorruzione
ANCI	Associazione nazionale comuni italiani
ANM	Associazione Nazionale Magistrati
Art.	Articolo
ASI	Area Sviluppo Industriale
ASL	Azienda sanitaria locale
ASP	Aziende di servizi alla persona
ATI	Associazione temporanea di imprese
ATO	Ambito territoriale ottimale
AV	Alta velocità
AVCP	Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture
BDNCP	Banca dati nazionale dei contratti pubblici
c.d.	Cosiddetto
CARA	Centro di accoglienza per richiedenti asilo
CC	*Contact Center*
CCASGO	Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere
CG	Contraente generale
CIPE	Comitato interministeriale per la programmazione economica
CIVIT	Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle pubbliche amministrazioni
co	Comma
d.l.	Decreto legge
d.lgs.	Decreto legislativo
d.m.	Decreto ministeriale
d.p.c.m.	Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri
d.p.r.	Decreto del Presidente della Repubblica
DNA	Direzione Nazionale Antimafia
DPF	Dipartimento della funzione pubblica
EC	Ente certificante
ENAC	Ente Nazionale Aviazione Civile
FAQ	*Frequently Asked Questions*
FMI	Fondo Monetario Internazionale
GEIE	Gruppo europeo di interesse economico

GIP	Giudice per le indagini preliminari
GRECO	Gruppo di Stati contro la Corruzione
ICE	Istituto per il Commercio Estero
ICT	*Information and communication technology*
INAIL	Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali
INPS	Istituto nazionale della previdenza sociale
IOG	Iniziativa Occupazione Giovani
IPAB	Istituti pubblici di assistenza e beneficenza
IPC	Indice di percezione della corruzione
IRCCS	Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico
ISTAT	Istituto nazionale di statistica
IVR	*Interactive Voice Response*
l.	*Legge*
MATTM	Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare
MEF	Ministero dell'Economia e delle finanze
MIBAC	Ministero dei Beni e delle attività culturali e del turismo
MISE	Ministero dello Sviluppo economico
MIUR	Ministero dell'Istruzione, dell'università e della ricerca
OCSE	Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economici
OE	Operatore economico
OGP	*Open Government Partnership*
OIV	Organismo indipendente di valutazione
ONG	Organizzazione non governativa
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
PA	Pubblica amministrazione
PEC	Posta elettronica certificata
PEF	Piano economico finanziario
PMI	Piccole e medie imprese
PNA	Piano Nazionale Anticorruzione
PON	Programma Operativo Nazionale
PSC	Piano di sicurezza e coordinamento
PTPC	Piano triennale per la prevenzione della corruzione
PTTI	Piano triennale per la trasparenza e l'integrità
R.G.N.R.	Registro generale notizia di reato
RPC	Responsabile della prevenzione della corruzione
RT	Responsabile della trasparenza
RTI	Raggruppamento temporaneo di imprese
RUP	Responsabile unico del procedimento
S.S.	Strada statale
SA	Stazione appaltante
SII	Sistema idrico integrato
SNA	Scuola Nazionale Antimafia
SOA	Società organismo di attestazione
SSM	Scuola Superiore della Magistratura
SSN	Sistema sanitario nazionale

SUA	Stazione unica appaltante
t.u.	Testo unico
TAR	Tribunale amministrativo regionale
TFUE	Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea
TI	*Transparency Intrenational*
UE	Unione Europea
UNCAC	*United Nations Convention against Corruption*
UNODC	*Directory* dell'*United Nations Office on Drugs and Crime*
UOS	Unità Operativa Speciale
UPD	Ufficio procedimenti disciplinari
UPI	Unione Province Italiane
UTG	Unità territoriale governativa
VIA	Verifica di impatto ambientale
VIR	Verifica di impatto della regolazione

INTRODUZIONE

La diffusione della corruzione in vasti settori della pubblica amministrazione, le vicende giudiziarie venute alla luce e la cattiva gestione delle risorse pubbliche che hanno interessato, nel corso degli ultimi anni, la realizzazione di importanti opere infrastrutturali ed eventi di valore strategico nazionale, hanno indotto il legislatore a compiere scelte normative radicali di fronte al dilagare del fenomeno corruttivo. Tra queste, la novità di maggiore rilievo è senza dubbio la riconfigurazione del profilo istituzionale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ad opera del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, che ha determinato la contemporanea soppressione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) e l'assorbimento delle funzioni svolte dalla *ex* Commissione per la valutazione, l'integrità e la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni (CIVIT), ad eccezione di quelle relative alla misurazione e valutazione delle *performance*, trasferite al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri. In precedenza, in attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione[1], la legge 6 novembre 2012, n. 190, aveva attribuito alla CIVIT il ruolo di Autorità Nazionale Anticorruzione affidandole le funzioni di controllo, prevenzione e contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

Il repentino compimento del percorso avviato dal legislatore alla fine del 2012 va anche ricondotto alla situazione di grave allarme sociale determinatasi all'indomani dei casi giudiziari che hanno visto coinvolti, nei mesi immediatamente precedenti l'adozione del d.l. 90/2014, importanti appalti legati alla realizzazione dell'Esposizione Universale di Milano (Expo 2015) e del Modulo sperimentale elettromeccanico (Mose) della laguna di Venezia, proseguita con le successive inchieste del filone c.d. "Mafia Capitale".

In questo contesto, come si dirà nel capitolo 1, la nuova Autorità si inserisce per costituire un presidio forte a tutela della legalità nella gestione della cosa pubblica. La *mission*

[1] Adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, tenutasi a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110.

istituzionale viene individuata nell'obiettivo di svolgere un'azione efficace di prevenzione e contrasto alla corruzione nelle pubbliche amministrazioni, in tutti gli ambiti di intervento - non soltanto quello dei contratti pubblici, particolarmente esposto a forme di illegalità e di mala gestione - attraverso il controllo sull'applicazione delle norme previste per la prevenzione della corruzione e di quelle in materia di trasparenza sulle attività delle amministrazioni pubbliche.

Con il nuovo mandato istituzionale, l'Autorità mira ad orientare i comportamenti e le scelte delle amministrazioni pubbliche, nel tentativo di prevenire fenomeni corruttivi e distorsivi nell'allocazione delle risorse pubbliche, sia con strumenti di vigilanza sia con interventi di tipo consultivo e regolatorio.

La nuova fisionomia istituzionale dell'Autorità ha avuto la sua prima attuazione organizzativa mediante il Piano di riordino previsto dall'art. 19, co. 3, del d.l. 90/2014, presentato dal Presidente dell'Autorità in data 30 dicembre 2014, che, alla data di predisposizione della presente *Relazione*, si trova nella fase di valutazione presso gli organi competenti. Nel Piano di riordino, come si vedrà nel capitolo 1, si dà conto delle numerose misure adottate dal Consiglio dell'Autorità già nelle prime settimane di attività. Tra queste si menzionano una riorganizzazione degli uffici più funzionale al nuovo mandato istituzionale dell'ANAC, attraverso la creazione di un'area di vigilanza, di un'area di regolazione e di una serie di uffici alle dirette dipendenze del Presidente per lo svolgimento della c.d. "vigilanza collaborativa", delle attività ispettive nonché della funzione consultiva, e il conseguimento di significativi risparmi di spesa, di entità superiore rispetto al minimo richiesto dal d.l. 90/2014.

Nel nuovo assetto dell'Autorità, emerge il riconoscimento della figura del Presidente, al quale, anche in ragione dell'eccezionalità della situazione, sono stati attribuiti poteri straordinari di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e della trasparenza sulle procedure di affidamento per la realizzazione di Expo 2015 e di tipo "cautelare", mediante la facoltà di proporre al prefetto commissariamenti delle imprese in presenza di situazioni sintomatiche di condotte illecite da parte di società aggiudicatrici di appalti pubblici. Tra i primi interventi della nuova Autorità figurano proprio le richieste di attivazione da parte del Presidente delle misure straordinarie per le società Maltauro S.p.A., in relazione all'affidamento delle "architetture di servizio" per l'Expo 2015, Tagliabue S.p.A. ed ancora per la stessa Maltauro S.p.A., con riferimento all'appalto

relativo alle "Vie d'acqua sud", sempre per l'Expo, disposti poi dal Prefetto di Milano, rispettivamente il 16 luglio e il 3 novembre 2014.

Come evidenziato nel capitolo 6, le misure straordinarie sono preordinate a salvaguardare i tempi di esecuzione delle commesse pubbliche e ad evitare che le indagini della magistratura su fatti illeciti connessi alla gestione di appalti possano causare gravi ritardi nella realizzazione delle opere pubbliche o pregiudicare la prestazione di servizi, soprattutto laddove si tratti di esigenze indifferibili alle quali deve essere garantita la necessaria continuità. Al contempo, fino alla conclusione del procedimento penale, le misure servono a scongiurare che la prosecuzione dell'appalto possa comportare l'attribuzione di un vantaggio all'autore dell'illecito.

*****

Parallelamente all'adozione delle misure eccezionali ora richiamate, l'Autorità ha messo in campo una serie di azioni finalizzate a prevenire e contrastare i fenomeni corruttivi e a indirizzare le pubbliche amministrazioni verso la corretta applicazione tanto delle norme in materia di affidamento dei contratti pubblici quanto delle misure di prevenzione della corruzione e degli obblighi di pubblicità e trasparenza.

Nel settore dei contratti pubblici, l'Autorità ha preliminarmente avviato una riorganizzazione degli uffici, di cui si parlerà più dettagliatamente nel capitolo 4, creando tra gli altri, due uffici di vigilanza, uno per i lavori ed uno per i servizi e forniture, ed una rivisitazione dei regolamenti al fine di perseguire più efficacemente la propria missione istituzionale.

Con il nuovo assetto, l'Autorità ha avuto modo di rilevare la persistenza di disfunzioni e anomalie sia nello svolgimento delle procedure di affidamento sia nella fase esecutiva, anche in relazione alla prestazione di servizi sociali rilevanti per la collettività e alla realizzazione di opere di importanza strategica per il Paese, alcuni dei quali, peraltro, interessati da inchieste giudiziarie per gravi episodi di corruzione. Ad esempio, a seguito dei fatti emersi dall'inchiesta "Mondo di mezzo" che ha colpito Roma Capitale, l'Autorità ha avviato, su richiesta della stessa amministrazione, un'attività ispettiva e degli accertamenti, tuttora in corso, volti a verificare l'attività contrattuale effettuata nel triennio 2011-2014. Analoga attività ispettiva, in fase di conclusione, riguarda l'Azienda

ospedaliera di Caserta Sant'Anna e San Sebastiano, anch'essa interessata da gravi episodi corruttivi.

Sotto il profilo dell'impostazione delle procedure di affidamento, interventi di tipo "puntuale" e recenti indagini su più ampia scala evidenziano il persistere di criticità legate al mancato rispetto di alcuni principi base stabiliti dalla normativa. Tra questi si segnalano indici di potenziale ed artificioso frazionamento degli appalti in relazione a molti dei casi esaminati con riferimento all'indagine svolta sui comuni capoluogo di provincia[2], mentre relativamente ai comuni capoluogo di regione[3] è stato riscontrato il ricorso frequente alle procedure negoziate. Benché una parte significativa degli affidamenti riguardi appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie, è da rilevare come la modalità di selezione del contraente rientri nella discrezionalità tecnica della stazione appaltante, che ben potrebbe, anche per importi di minore entità, utilizzare procedure aperte o ristrette al fine di ottenere un maggior grado di concorrenza e possibili risparmi economici. Proprio sulle procedure negoziate e, in generale, sull'utilizzo di procedure derogatorie, si è richiamata più volte l'attenzione circa la necessità, anche in fase di recepimento delle direttive sugli appalti, di limitarne quanto più possibile il ricorso al fine di favorire procedure aperte, trasparenti e funzionali all'attuazione del più ampio confronto competitivo tra gli operatori economici.

Lo sviluppo di una sana concorrenza è proprio uno degli aspetti su cui l'Autorità ha prestato particolare attenzione nel corso del 2014 fornendo, ad esempio, alle stazioni appaltanti indicazioni in merito alla necessità di definire requisiti di accesso proporzionati e ragionevoli e richiamando le stesse a un'adeguata suddivisione in lotti funzionali per favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese. In merito a tale secondo punto, un caso significativo ha riguardato la procedura di appalto per l'affidamento delle attività di gestione del Centro di accoglienza per richiedenti asilo di Mineo, rispetto al quale con parere di precontenzioso n. 15 del 25 febbraio 2015, l'Autorità ha valutato illegittima la scelta della stazione appaltante di non procedere ad aggiudicare per lotti distinti, le attività eterogenee poste in affidamento, per quanto funzionali alla gestione del Centro stesso.

---

[2] Si veda, in proposito, il comunicato del Presidente dell'Autorità del 17 aprile 2015 recante "Indagine sull'applicazione del Codice riguardo all'importo stimato degli appalti e conseguenti irregolarità nelle procedure di affidamento dei capoluoghi di provincia".

[3] Si veda, in proposito, il comunicato del Presidente del 19 febbraio 2015 sugli "Esiti del monitoraggio sul ricorso alla procedura negoziata da parte dei Comuni capoluogo di regione".

Peraltro, a seguito dei gravi fatti penali che stanno emergendo, l'Autorità ha avviato l'*iter* per il commissariamento dell'appalto ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014.

Questo e tanti altri casi sono anche sintomatici di come l'attività di precontenzioso assuma sempre più spesso i contorni della funzione di vigilanza, andando non soltanto a prevenire future controversie ma anche a palesare disfunzioni e anomalie nella gestione degli appalti pubblici.

Peraltro, nel merito della questione citata, come dimostrano anche i dati illustrati nel capitolo 4, il *favor* del legislatore per piccole e medie imprese non sembra trovare un concreto riscontro se si considera che negli ultimi anni si è assistito a una riduzione del numero delle procedure di affidamento, a un aumento sensibile del valore medio dei lotti posti a base di gara e a una pressoché stazionaria dinamica del numero medio di lotti per gara, con una riduzione nel 2014 rispetto all'anno precedente.

Una conferma che il contesto non appare favorevole alla partecipazione delle piccole imprese al mercato degli appalti pubblici emerge anche da uno studio congiunto ANAC-ISTAT su un campione di imprese medio-piccole, in base al quale circa il 45% segnala che la mancata partecipazione al mercato dei contratti pubblici è dovuta a procedure non imparziali o a requisiti troppo stringenti, come riportato nel capitolo 11. Il fenomeno della corruzione o del "favoritismo" risulta particolarmente sentito alla luce del fatto che la metà delle imprese intervistate che hanno partecipato a procedure di affidamento ha segnalato che il capitolato di gara è sembrato appositamente predisposto per favorire uno specifico concorrente.

Sotto il profilo dell'esecuzione, soprattutto nel settore della costruzione di infrastrutture viarie si rileva un quadro critico nel quale la fase realizzativa continua ad essere caratterizzata da forti ritardi e contenziosi, dall'apposizione di varianti e riserve, dovute anche a carenze nei processi "a monte" come, ad esempio, nella progettazione e nella valutazione dell'idoneità tecnico-economica delle aree interessate dai lavori. Tra le attività in corso di particolare rilievo nel settore delle infrastrutture, si segnalano le indagini sulla "Metro C" di Roma, sull'alta velocità a Firenze e gli accertamenti sul crollo del viadotto c.d. "Scorciavacche" sulla statale Palermo-Agrigento verificatosi agli inizi di gennaio 2015, per i quali si rinvia al capitolo 5.

*****

Dalla constatazione che le disfunzioni lungo l'intero ciclo di vita dell'appalto sono riconducibili all'operato tanto delle stazioni appaltanti quanto delle imprese esecutrici, emerge con tutta evidenza come la possibilità per il Paese di dotarsi di beni e servizi ma soprattutto di infrastrutture efficienti, realizzate a costi e tempi accettabili per la collettività, passi anche attraverso una necessaria riforma delle "regole del gioco", che si auspica siano meno legate al formalismo procedurale e più attente alla sostanza, cioè alla capacità di individuare gli attori migliori, sia dal lato della domanda sia dal lato dell'offerta. Il recepimento delle direttive europee sugli appalti, per il quale l'Autorità sta fornendo il proprio contributo sia attraverso una propria commissione di studio, sia mediante la partecipazione ad un tavolo tecnico presso il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, è un'occasione che non va assolutamente perduta.

Nel merito l'Autorità ha avuto più volte modo di richiamare l'attenzione sulla necessità di adottare meccanismi di qualificazione e di professionalizzazione delle stazioni appaltanti, che attribuiscano la gestione di procedure di affidamento in ragione delle reali capacità tecniche, amministrative e gestionali del *buyer* pubblico. Parallelamente, appare ormai inevitabile che nel sistema di affidamento dei contratti pubblici siano inseriti dei meccanismi che premino la reputazione delle imprese e valorizzino gli operatori che si siano dimostrati affidabili contraenti sotto il profilo, ad esempio, del rispetto dei tempi, dei costi e della collaborazione con l'ente committente.

Va nella giusta direzione il "*rating* di legalità" attribuito dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) alle imprese più virtuose sotto il profilo del rispetto di alcuni criteri - per l'appunto - di legalità, e nell'ambito del quale l'ANAC fornisce il proprio contributo in relazione alla rilevazione di eventuali procedimenti sanzionatori, di commissariamenti *ex* art. 32 del d.l. 90/2104, nonché di elementi rilevanti sotto il profilo della diligenza e del rispetto dei principi informatori dell'ordinamento da parte dell'impresa. L'utilizzo dello strumento andrebbe in qualche modo rafforzato anche alla luce del fatto che l'auspicato meccanismo di c.d. "*self-selection*", per cui solo le imprese "cristalline" avrebbero richiesto il *rating*, non ha trovato sempre riscontro nella realtà e le vicende giudiziarie che hanno coinvolto alcune società richiedenti hanno indotto l'ANAC, l'AGCM e la Guardia di Finanza a programmare la stipula di un protocollo di intesa al fine di effettuare controlli ancora più stringenti e scoraggiare le imprese "non trasparenti" dal formulare la richiesta di *rating*.

La qualificazione di committenti e imprese, tra l'altro, è tra i punti significativi del disegno di legge delega per il recepimento delle direttive europee sugli appalti pubblici e un aspetto evidenziato dal Presidente dell'Autorità in occasione dell'audizione del 18 febbraio 2015 proprio sul disegno di legge delega per il recepimento delle direttive europee[4].

Altro punto di attenzione, peraltro rappresentativo di un cambiamento culturale in atto, è il rafforzamento della c.d. "vigilanza collaborativa", già prevista dall'Autorità ed attuata assieme ad importanti stazioni appaltanti. L'istituto è stato introdotto per favorire una proficua collaborazione con l'ente committente e garantire, dunque sin dall'inizio, il corretto svolgimento delle operazioni di gara e dell'esecuzione del contratto e per impedire tentativi di infiltrazione criminale nell'ambito degli appalti. Mutuando anche l'esperienza positiva riscontrata per l'Expo 2015, la vigilanza collaborativa potrebbe essere prevista, in via sistematica, in occasione delle realizzazione di grandi eventi, iniziative e opere di interesse nazionale o strategico, per garantire "a monte" la trasparenza, la correttezza e la qualità delle scelte amministrative.

Nel contesto generale, andranno anche valutate le forme più opportune per semplificare i processi di acquisizione dei dati presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, talvolta incompleti anche a causa delle carenze rilevate nelle comunicazioni effettuate dai responsabili del procedimento e dagli Osservatori regionali per il tramite dei diversi sistemi di trasmissione; nonché per rilanciare il programma di semplificazione delle attività di verifica *on line* dei requisiti di partecipazione alle gare, cui l'Autorità ha risposto implementando il sistema AVCPASS che però, vuoi per le complessità del sistema stesso, vuoi per la rigidità delle condizioni a contorno, non ha restituito, finora, risultati soddisfacenti.

Le patologie e i fenomeni corruttivi nell'ambito dei contratti pubblici persistono nonostante i numerosi interventi dell'ANAC oggi e dell'AVCP in passato e sono anche la testimonianza, evidentemente, di come l'azione degli organismi di controllo non può essere incisiva se priva di adeguati strumenti preventivi e repressivi.

Oltre alla complessità e all'elevato grado di dettaglio della normativa, che senza dubbio incentivano fortemente le stazioni appaltanti ad agire in deroga o a intraprendere "scorciatoie" procedurali, essendo, peraltro, un terreno fertile per favoritismi e

[4] Si veda, in proposito, l'audizione del Presidente dell'ANAC nell'ambito dell'esame del disegno di legge delega n. 1678/2014 (delega di recepimento direttive appalti e concessioni), tenutasi il 18 febbraio 2015 presso il Senato della Repubblica - VIII Commissione Lavori Pubblici.

corruzione, la difficoltà di prevenire e correggere tempestivamente ed efficacemente le anomalie dipende anche dall'assenza di idonei poteri di indirizzo e di natura sanzionatoria da parte dell'Autorità. In occasione della citata audizione del 18 febbraio 2015, il Presidente dell'Autorità ha avuto modo di evidenziare come il quadro normativo più snello e flessibile che il legislatore sembra voler delineare, deve essere necessariamente accompagnato, sul piano regolatorio, dall'applicazione di misure di *soft law* quali atti interpretativi, linee guida, determinazioni con efficacia vincolante, simile a quella attualmente prevista per i bandi-tipo, nonché raccomandazioni a scopo preventivo-collaborativo, a garanzia della corretta e uniforme interpretazione della normativa, assicurando assistenza alle stazioni appaltanti nella fase di pianificazione e predisposizione delle procedure di gara. Non sfugge alla riflessione sulle funzioni regolatorie affidate all'Autorità il ruolo dei prezzi di riferimento che, seppur potenzialmente utili all'attività di vigilanza sui contratti pubblici, sono più una leva per il perseguimento degli obiettivi della *spendig review* che non uno strumento di prevenzione e contrasto della corruzione.

Nella direzione di fornire quanto più possibile indirizzi alle stazioni appaltanti va anche l'intenzione del legislatore di rafforzare l'attività di precontenzioso esercitata dall'Autorità in virtù del disposto normativo, qualificandola - a tutti gli effetti - come strumento di *Alternative Dispute Resolution*, di tipo conciliativo e facoltativo, cui ricorrere per porre in essere una risoluzione rapida ed efficace alle controversie tra le parti e ridurre, dunque, il contenzioso giurisdizionale nel mondo degli appalti. L'attribuzione, inoltre, di poteri di intervento cautelare sugli atti di gara e di esecuzione dei contratti - al fine evitare, in caso di urgenza, danni gravi ed irreparabili - e di poteri sanzionatori a seguito del mancato adeguamento alle raccomandazioni dell'Autorità, in analogia a quelli attribuiti all'AGCM, potrebbero consentire all'ANAC di svolgere con maggiore efficacia l'azione di prevenzione e contrasto della corruzione nel settore degli appalti pubblici.

In tale contesto, dovrà aprirsi una riflessione anche sul ruolo della Camera arbitrale, sia in ordine al suo inquadramento come organo di un'Autorità che ha, oggi, una diversa missione rispetto a quella dell'AVCP, sia in merito alla sua efficacia stante il *trend* di riduzione del numero dei lodi arbitrali registrato negli ultimi anni, complici una serie di fattori, anche di tipo normativo, come si vedrà nel capitolo 8.

*****

I controlli dell'Autorità sul rispetto degli obblighi di pubblicità e trasparenza di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 dimostrano una certa efficacia dell'attività di vigilanza quando questa è supportata da un qualche potere sanzionatorio. Come verrà illustrato nel capitolo 12, nell'ambito della vigilanza attivata d'ufficio, laddove l'Autorità è intervenuta con controlli reiterati nel tempo, i risultati sono soddisfacenti in termini di percentuale delle amministrazioni che si sono adeguate alle richieste: il valore relativo all'adeguamento totale si attesta attorno all'80% e, considerando anche i casi di adeguamento parziale, il dato raggiunge addirittura il 90%.

Benché l'adempimento agli obblighi di pubblicità e trasparenza sia di gran lunga meno problematico rispetto a quello previsto per gli appalti pubblici e nonostante il numero di amministrazioni oggetto di verifica sia stato limitato, i risultati dell'attività possono dirsi incoraggianti e costituiscono un primo segnale della possibilità di raggiungere un livello adeguato di rispetto della normativa, soprattutto se concepito in un'ottica di accompagnamento delle amministrazioni verso tale obiettivo.

Sul tema della trasparenza, l'Autorità ha rilevato, nel complesso, un livello di pubblicazione dei dati molto elevato e ormai prossimo alla totalità delle amministrazioni con riferimento alla grande maggioranza degli obblighi previsti dalla legge. A ciò, tuttavia, si accompagna una scarsa attenzione alla qualità e alla completezza delle informazioni pubblicate, soprattutto in relazione al monitoraggio dei tempi dei procedimenti amministrativi. Questi dati possono essere letti con la duplice chiave della percezione che le amministrazioni hanno di dover adempiere ad un obbligo meramente "burocratico" piuttosto che "civico" e di *accountability*, teso cioè a rendere conto ai cittadini della propria attività e dall'altro della difficoltà, anche per carenza di risorse e/o di capacità organizzative, di dotarsi di strumenti di controllo e gestione necessari al buon andamento dell'azione amministrativa. Oltre a ritenere opportuna una semplificazione dei processi di acquisizione e pubblicazione delle informazioni - e in tal senso l'Autorità sta valutando, ad esempio, le forme più opportune per armonizzare gli obblighi di pubblicazione dei dati sui contratti pubblici di cui all'art. 1, co. 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190 con quelli già previsti dall'art. 7 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, vista la parziale sovrapposizione delle due normative - è comunque necessaria un'opera di sensibilizzazione che miri a far comprendere come la pubblicità sia solo il momento conclusivo di un processo di

gestione amministrativa che necessita di essere governato "a monte", nell'interesse tanto dell'amministrazione quanto dei cittadini che dei suoi servizi usufruiscono.

Altro aspetto di interesse riguarda un aumento della consapevolezza dei cittadini dell'importanza di conoscere e segnalare anomalie con riferimento alle attività amministrative. La maggior parte delle segnalazioni inviate all'Autorità sulle violazioni in materia di trasparenza (circa il 68%) avviene a "titolo personale", non solo da dipendenti pubblici ma anche da professionisti e riguarda in modo particolare i comuni e gli enti pubblici locali (oltre la metà dei casi), cioè i soggetti istituzionali più vicini ai bisogni dei cittadini.

Accanto a questi elementi che evidenziano l'attenzione dei cittadini e, in generale, dei soggetti destinatari dell'azione amministrativa ad un maggior controllo dell'attività pubblica, si riscontrano in materia di trasparenza, come anche in tema di prevenzione della corruzione, lacune e criticità nella normativa di riferimento che saranno oggetto di approfondimento nel capitolo 13. È il caso, ad esempio, dell'individuazione dell'autorità amministrativa competente all'irrogazione delle sanzioni relative alla violazione di specifici obblighi di trasparenza. Nonostante si sia espressa sull'argomento in più occasioni, l'Autorità ha ritenuto necessario, nel mese di febbraio 2015, formulare una segnalazione al Parlamento per rappresentare la necessità di un intervento legislativo che chiarisca, in coerenza con il principio di legalità che informa il sistema sanzionatorio, il procedimento e i soggetti competenti ad irrogare le sanzioni disposte dall'art. 47, co. 1 e 2, del d.lgs. 33/2013. Si è auspicato che, analogamente a quanto avviene relativamente ad altre autorità indipendenti, il legislatore privilegi un'impostazione che indichi l'ANAC quale autorità amministrativa competente all'irrogazione di dette sanzioni.

Altra rilevante questione di carattere interpretativo, che anche in questo caso coinvolge la normativa sulla prevenzione della corruzione di cui alla l. 190/2012, attiene all'applicazione degli obblighi di trasparenza alle società private in controllo pubblico e alle società partecipate. In merito, l'Autorità, dopo aver approvato un documento con il Ministero dell'Economia e delle finanze, ha posto in consultazione apposite linee guida, in fase di approvazione finale, mediante le quali si è espressa per l'applicabilità della disciplina della l. 190/2012 alle società in controllo pubblico, con opportune integrazioni degli obblighi previsti dalla suddetta legge, con quelli di cui dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. La scelta va ricondotta anche alla diversa finalità ovvero alla

complementarietà tra le due normative, che vede quella di cui alla l. 190/2012 prevenire comportamenti posti in essere anche a danno dell'ente e quella del d.lgs. 231/2001 prevenire condotte illecite commesse nell'interesse o a vantaggio dello stesso ente.

*****

Nello svolgimento della propria attività l'Autorità ha maturato la convinzione che la corruzione possa essere efficacemente contrastata con interventi e strategie di tipo "sistemico". Tale approccio si è sviluppato a tutti i livelli di azione e, in primo luogo, attraverso la creazione di rapporti e collaborazioni di tipo istituzionale tanto a livello nazionale quanto a livello internazionale, come descritto nei capitoli 2 e 3. Sul piano internazionale si segnalano, in particolare, l'accreditamento dell'ANAC come Autorità nazionale indipendente per il contrasto alla corruzione entro la *Directory* dell'*United Nations Office on Drugs and Crime*, le interazioni avute con il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Mondiale e l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economici. Con quest'ultima, in particolare, l'Autorità ha stipulato nel 2014 un protocollo di intesa finalizzato ad aumentare la trasparenza e l'*accountability* delle procedure relative agli appalti concernenti Expo 2015. Il protocollo si propone anche di costituire un modello più generale di collaborazione istituzionale nel campo della verifica degli appalti secondo elevati standard e le migliori metodologie internazionalmente riconosciute.

Sul piano nazionale, spiccano i rapporti e gli accordi che l'Autorità ha intrapreso, ad esempio, con il Ministero dell'Interno, finalizzato alla condivisione di metodi e strumenti per un controllo collaborativo tra ANAC e prefetture sugli adempimenti richiesti agli enti locali in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza e con l'AGCM, citato in precedenza.

Consapevole dell'importanza della materia, su cui la l. 190/2012 impone tra l'altro precisi obblighi in capo alle amministrazioni, l'Autorità ha stipulato, inoltre, importanti accordi con istituzioni per scopi educativi e formativi. Tra questi si segnala il protocollo con il Ministero dell'Istruzione, dell'università e della ricerca, la Direzione Nazionale Antimafia, e l'Associazione Nazionale Magistrati denominato "Educare alla legalità e alla deterrenza, al controllo e al contrasto dei fenomeni mafiosi e di criminalità organizzata", finalizzato a prevedere percorsi di educazione alla legalità e alla convivenza civile. Di rilievo sono anche i protocolli con la Scuola Nazionale dell'Amministrazione e la Scuola Superiore

della Magistratura per lo svolgimento di attività di formazione, ricerca e studio inerenti il contrasto alla corruzione e la promozione della cultura della legalità.

Sotto il profilo applicativo, nell'ambito della cornice delineata dalla l. 190/2012, l'Autorità si appresta ad aggiornare il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) del 2013 anche in un'ottica di semplificazione, come richiesto da più parti, alla luce dell'esperienza e della conoscenza acquisite fino ad oggi sullo stato di attuazione della normativa da parte delle pubbliche amministrazioni. Nella visione dell'ANAC l'approccio sistemico deve fondarsi, nel quadro di un PNA rinnovato e semplificato, sull'attivazione di strumenti efficaci per orientare i comportamenti dei singoli e delle organizzazioni verso la legalità e l'etica pubblica.

In primo luogo, al centro della strategia di prevenzione della corruzione vi è l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni che deve contemplare, come previsto dalla legge e dallo stesso PNA, la redazione di un Piano triennale per la prevenzione della corruzione (PTPC) efficace, che evidenzi le misure da adottare nelle aree più esposte al rischio.

La nomina del responsabile della prevenzione della corruzione (RPC) è il primo passo da seguire; tuttavia, non sempre le amministrazioni procedono in modo corretto. È il caso della nomina del RPC presso il Comune di Roma, per il quale l'Autorità, nell'esaminare la legittimità del conferimento della funzione ad un soggetto non stabilmente incardinato presso l'amministrazione, ha chiarito che l'attribuzione dell'incarico deve essere adeguatamente motivata sia sotto il profilo della scelta di individuare un soggetto esterno, sia sotto il profilo del riconoscimento al soggetto incaricato della necessaria autonomia e indipendenza (come da orientamento 9/2015). Si evidenzia, inoltre, il richiamato caso dell'Azienda ospedaliera di Caserta Sant'Anna e San Sebastiano, sulla quale a seguito dei gravi fatti di rilievo penale ivi verificatisi, l'Autorità ha avviato accertamenti che hanno evidenziato carenze e lacune del PTPC predisposto dall'Azienda, osservando al contempo come lo stesso non deve tradursi in un semplice adempimento burocratico ma condurre all'attivazione di misure concrete.

Peraltro, proprio sul tema di qualità dei piani, le prime analisi condotte su oltre 1.300 PTPC dimostrano, più in generale, e in perfetta analogia con i riscontri avuti sulla trasparenza, una complessiva insufficienza delle misure di prevenzione della corruzione attivate dalle pubbliche amministrazioni. Come si vedrà nel capitolo 11, infatti, a fronte di

un livello pressoché generalizzato di adozione e pubblicazione dei PTPC - più del 90% ha, infatti, adottato il PTPC e tra queste, più del 50% ha aggiornato il documento nell'ultima annualità - le prime evidenze segnalano che le amministrazioni hanno adempiuto in maniera meramente formale alle disposizioni di legge: se da un lato i PTPC sono stati generalmente adottati da quasi tutte le amministrazioni, dall'altro la qualità di tali documenti in termini di metodo, sostenibilità ed efficacia appare sostanzialmente insufficiente.

Il risultato non deve sorprendere, soprattutto se si considerano la relativa novità della disciplina anticorruzione e la sua complessità, la varietà delle amministrazioni, il livello delle competenze presenti nelle medesime con riferimento alla materia della prevenzione della corruzione, oltre evidentemente, le limitate risorse e capacità organizzative anche associate alla necessità di contenimento delle spese imposta dalla *spending reiew*.

In merito agli strumenti che in concreto devono essere previsti nei PTPC, l'Autorità ritiene che particolare attenzione debba essere riposta alle misure finalizzate alla rotazione del personale e alla predisposizione di adeguati sistemi di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nell'ambito del rapporto di lavoro (c.d. "*whistleblower*").

Sulla rotazione, l'ANAC ha già fornito, in occasione della delibera n. 13 del 4 febbraio 2015, relativa al Corpo di Polizia di Roma Capitale, alcuni criteri guida che le amministrazioni possono adottare per la sua applicazione, evidenziando che la stessa è prevista espressamente dalla l. 190/2012 quale misura anticorruzione e che è da sempre applicata in tutte le amministrazioni pubbliche come strumento di efficienza nell'organizzazione degli uffici e di arricchimento del bagaglio professionale del dipendente pubblico.

I primi risultati dell'analisi condotta su un campione di 155 relazioni predisposte dai RPC, evidenziano che l'applicazione delle misure di rotazione è ancora molto differenziata e assai limitata anche in amministrazioni medio-grandi. Ad esempio, la rotazione è applicata solo dal 32% delle regioni e delle province autonome, dal 40% delle università e dal 45% delle aziende sanitarie locali campionate e, in molti casi, le misure applicate non sono il frutto di una precisa scelta quanto piuttosto l'effetto di un processo di riorganizzazione in corso.

Anche in considerazione di queste risultanze, l'Autorità ha in programma l'adozione di linee guida più puntuali per orientare le amministrazioni pubbliche nella complessa e delicata gestione di questa misura organizzativa.

Nella consapevolezza che la prevenzione e il contrasto dei fenomeni corruttivi passa anche attraverso l'attività di segnalazione da parte dei cittadini, dopo essere stata individuata dal legislatore (ad opera del d.l. 90/2014) tra i destinatari delle segnalazioni dei dipendenti pubblici che segnalano illeciti, nelle forme di cui all'art. 54-*bis* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in qualità cioè di *whistleblower*, l'Autorità ha emanato delle linee guida *ad hoc*, confluite nella determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, che tengono conto delle considerazioni emerse nel corso della consultazione pubblica effettuata nel mese di marzo 2015. Lo scopo dell'Autorità è quello di favorire la rilevazione di eventuali illeciti fornendo alle pubbliche amministrazioni indicazioni e istruzioni su come predisporre meccanismi che tutelino adeguatamente i potenziali segnalanti, illustrando le procedure e i sistemi di cui l'ANAC intende dotarsi per gestire le segnalazioni provenienti tanto dall'esterno quanto dall'interno.

L'intervento si è reso necessario per dettare criteri omogenei alle pubbliche amministrazioni e sensibilizzare i singoli dipendenti pubblici sulla necessità di segnalare condotte illecite e di *malagestio,* anche alla luce del fatto che, ad oggi, sulla base dei dati campionari poc'anzi illustrati, solo il 61% delle pubbliche amministrazioni ha provveduto ad attivare procedure per la raccolta delle segnalazioni. Benché il numero di amministrazioni oggetto d'indagine sia molto limitato, colpisce il dato di un totale di 90 segnalazioni ricevute dalle stesse, per una media di 0,6 segnalazioni per amministrazione. Se a ciò si aggiunge che nel periodo che va dal 27 ottobre 2014 (data di attivazione della casella di posta elettronica per l'invio delle segnalazioni all'ANAC) al 31 dicembre 2014 sono pervenute all'Autorità soltanto 20 segnalazioni, è evidente che il sistema stenta a decollare, vuoi per ragioni legate all'assenza di tutele efficaci percepita dai potenziali segnalanti, vuoi per una scarsa propensione alla segnalazione (spesso concepita come "delazione"). Naturalmente, in tale quadro andrebbe anche migliorato l'impianto normativo, ad esempio, eliminando tra i possibili destinatari della segnalazione il "superiore gerarchico", espressamente citato dall'art. 54-*bis* del d.lgs. 165/2001, in considerazione del fatto che le segnalazioni dovrebbero riguardare proprio le attività dell'ufficio assegnato al superiore gerarchico. Sebbene, comunque, questa sia solo una

delle opzioni a disposizione del segnalante, si ritiene che il soggetto deputato a ricevere le segnalazioni debba essere il RPC, individuato dalla l. 190/2012 come figura di riferimento per la prevenzione della corruzione all'interno della pubblica amministrazione.

*****

Le attività svolte dall'Autorità nel corso del 2014 hanno permesso di effettuare un primo bilancio anche in materia di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi. Disciplina questa che, assieme a quella relativa agli obblighi sulla trasparenza, è oggetto di ricorrenti problemi interpretativi ed applicativi, dovuti anche alla difficile ricerca del giusto equilibrio tra la necessità di prevenire conflitti di interesse e la libertà di svolgimento delle attività professionali.

Come noto, infatti, la normativa ha lo scopo di evitare che la sovrapposizione di funzioni possa generare conflitti di interesse. L'obiettivo è perseguito non già impedendo la possibilità di ricoprire una determinata carica, ma richiedendo al soggetto di seguire la regola generale della scelta tra le opzioni in gioco.

In tale ambito, si segnala un importante intervento dell'Autorità volto a chiarire i dubbi interpretativi con riferimento al mandato parlamentare e agli incarichi svolti presso gli ordini professionali. È il caso della delibera n. 8 del 21 gennaio 2015, nella quale l'Autorità, nel dirimere una serie di questioni, ha stabilito, da un lato l'insussistenza di situazioni di inconferibilità ai sensi del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39 tra il mandato parlamentare e lo svolgimento di cariche di natura elettiva ricoperte all'interno degli ordini professionali, muovendo dalla constatazione che l'art. 6 di tale decreto non contempla la carica di parlamentare tra quelle che danno luogo ad inconferibilità di incarichi amministrativi; dall'altro la sussistenza dell'incompatibilità tra l'incarico di amministratore di ente pubblico e la carica di parlamentare, evidenziando che l'accertamento dell'incompatibilità tra due cariche può avvenire, in ragione della riserva costituzionale in materia, solo da parte della camera di appartenenza del parlamentare stesso.

In considerazione di questi ed altri dubbi interpretativi sorti in relazione alla disciplina del d.lgs. 39/2013, di cui si parlerà più diffusamente nel capitolo 13, l'ANAC ha istituito nel 2014 una commissione *ad hoc* presieduta da due Consiglieri dell'Autorità, con l'intento di enucleare dei possibili correttivi, anche in relazione ad alcune disposizioni in materia di

prevenzione della corruzione di cui alla l. 190/2012 e sugli obblighi di trasparenza di cui al d.lgs. 33/2013, alcune delle quali evidenziate in precedenza.

La commissione si propone di evidenziare in modo organico le questioni più rilevanti al fine di fornire al legislatore elementi utili alla discussione del disegno di legge AS n. 1577 "Riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni", nel quale è previsto il conferimento al Governo di una nuova delega ad adottare dei decreti correttivi al d.lgs. 33/2013 e al d.lgs. 39/2013.

Per quanto attiene alla materia degli incarichi, ad esempio, oltre a ritenere opportune delle forme di estensione dei regimi di inconferibilità e incompatibilità nelle aziende sanitarie, l'Autorità auspica che si proceda con altri correttivi quali l'inconferibilità per i reati tentati, oltre che per quelli consumati, per le posizioni attualmente ricoperte (e non soltanto di quelle ricoperte negli ultimi due anni), l'adozione di un criterio coerente per la definizione di "amministratore" negli enti pubblici (economici e non) e negli enti di diritto privato in controllo pubblico, la razionalizzazione dei poteri di vigilanza, accertamento, sospensione e sanzione dell'ANAC, soprattutto con riferimento alla sospensione, attualmente di difficile applicazione in ragione della mancata individuazione nella norma del soggetto competente a conferire l'incarico.

PARTE I

Il contesto normativo e istituzionale della nuova ANAC

Capitolo 1

La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione

1.1 Il decreto legge 90/2014

Nell'ambito della generale riforma della pubblica amministrazione (PA) posta in essere dal decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, di seguito anche denominato "decreto legge 90", è stata compiuta una scelta legislativa radicale mediante la soppressione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) e la riconfigurazione del profilo istituzionale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), nel seguito denominata anche "Autorità"[5], che da un lato assorbe in sé anche i compiti e le funzioni della soppressa AVCP, dall'altro muta totalmente fisionomia e *mission* istituzionale rispetto al previgente sistema normativo.

La novella legislativa ha rappresentato la tappa finale di un lungo *iter* riformatore grazie al quale la vecchia Commissione indipendente per la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) è assurta a pieno titolo tra le autorità indipendenti, con un adeguato apparato amministrativo e rinnovati poteri e funzioni.

L'originaria CIVIT, istituita dall'articolo (art.) 13, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 (*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*), con competenze nei settori della misurazione e valutazione della *performance* organizzativa e individuale, della determinazione degli standard dei servizi pubblici, della trasparenza e integrità delle amministrazioni pubbliche, era costituita da cinque componenti che, in occasione della prima seduta, convocata dal più anziano di età, erano tenuti ad eleggere, al proprio interno, il Presidente. L'art. 23 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (*Disposizioni*

[5] Con il termine Autorità ci si riferisce all'Autorità Nazionale Anticorruzione post d.l. 90/2014. Ciò nonostante, all'interno della *Relazione*, il termine è stato parimenti utilizzato anche per individuare le due "entità" (ex ante d.l. 90/2014) confluite nella nuova ANAC.

urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, ha ridotto il numero dei componenti da cinque a tre[6].

L'esigenza di rafforzare l'indipendenza dell'Autorità, nel frattempo qualificata dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*), nel seguito denominata anche "legge 190", quale Autorità Nazionale Anticorruzione in esecuzione dell'art. 6 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (*United Nations Convention against Corruption*, UNCAC), ha indotto il legislatore a prevedere che alla CIVIT fosse preposto un Presidente, autonomamente nominato sulla base del procedimento delineato dal citato art. 13, tra persone di notoria indipendenza con esperienza in materia di contrasto alla corruzione e persecuzione degli illeciti nella PA (art. 34-*bis* del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*) come modificato in sede di conversione, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221). Si è trattato, tuttavia, soltanto del primo passo di un processo che troverà il suo compimento solo due anni più tardi, come attesta anche il fatto che nelle previsioni della l. 190/2012 il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), lo strumento principale nell'ambito della strategia nazionale di prevenzione della corruzione, è predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica (DPF, di seguito anche denominato "Dipartimento") e approvato dalla CIVIT e che, più in generale, le due amministrazioni si ripartiscano competenze e funzioni.

Il d.l. 90/2014 realizza una complessa revisione normativo-organizzativa dell'Autorità introducendo un elemento di discontinuità nel panorama delle altre autorità indipendenti e, come descritto più diffusamente nel capitolo 6, attribuendo al Presidente speciali poteri in diversi ambiti.

La revisione organizzativa dell'Autorità, per quanto concerne le coordinate di carattere generale, è concentrata nell'art. 19 del decreto. In primis, esso dispone la soppressione dell'AVCP e la decadenza dei suoi organi di vertice e ordina il trasferimento dei relativi compiti, funzioni e risorse all'ANAC. Nei successivi 15 commi (co.), l'articolo ridisegna totalmente il volto dell'Autorità, preoccupandosi, per un verso, di regolamentare le

[6] Poi riportati a cinque dal decreto legge 31 agosto 2013, n. 101 (*Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*), convertito con modificazioni dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, che ha fissato anche le norme sulle procedure di nomina del Presidente e degli altri quattro componenti, al fine di assicurarne una maggiore indipendenza.

modalità di transizione all'ANAC di competenze, funzioni e risorse della soppressa AVCP, per l'altro, focalizzando la nuova *mission* istituzionale, che assomma in sé vecchie funzioni delle due Autorità e poteri di nuova attribuzione sulla prevenzione della corruzione.

La *ratio* della scelta di riorganizzare l'Autorità, passando attraverso la soppressione dell'AVCP e la concentrazione della strategia complessiva di prevenzione della corruzione, estesa anche al settore degli appalti pubblici, in capo a una sola Autorità, va rintracciata anche nella situazione di grave allarme sociale determinatasi all'indomani delle vicende giudiziarie che hanno visto coinvolti, nei mesi immediatamente precedenti alla decretazione di urgenza, importanti appalti legati alla realizzazione di Esposizione Universale di Milano (Expo 2015) e del Modulo sperimentale elettromeccanico (Mose) della laguna di Venezia. Si è avvertita, pertanto, l'esigenza stringente di costituire un unico presidio forte a tutela della legalità nella gestione della cosa pubblica e di ricomprendere nella strategia complessiva di prevenzione della corruzione anche il settore degli appalti pubblici, di alta rilevanza economica e strategica per il Paese, esposto più di ogni altro al rischio di annidamento di sacche di illiceità e di mala gestione.

Alla luce dei pesanti cambiamenti normativi ed organizzativi intervenuti, la nuova missione istituzionale dell'ANAC è stata ridisegnata nella «prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della PA che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione»[7].

Nella consapevolezza che la prevenzione e il contrasto dei fenomeni corruttivi passa soprattutto attraverso l'attività di segnalazione da parte dei cittadini, il legislatore è intervenuto in chiave ampliativa di tale attività, abilitando l'ANAC a ricevere non solo le segnalazioni da parte dei cittadini, ma anche quelle dei dipendenti pubblici nelle forme di

[7] Si veda, in proposito, il *Piano di riordino* disponibile nella sezione *Attività*, area *Piano di riordino* del sito istituzionale dell'Autorità. In generale, ogni atto e documento prodotto dall'ANAC, richiamato nella presente *Relazione* (delibera, determinazione, comunicato, ecc.) è disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità all'indirizzo www.anticorruzione.it.

cui all'art. 54-*bis* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, whistleblower*), e degli avvocati dello Stato, ove vengano a conoscenza, nell'ambito della propria attività, di violazioni di disposizioni di legge o di regolamento o di altre anomalie e irregolarità relative ai contratti pubblici.

Nella prospettiva appena delineata devono essere letti anche i poteri speciali che attribuiscono al Presidente dell'Autorità una posizione di primo piano, a garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione di Expo 2015. Tale ventaglio di poteri, che va dalla partecipazione alle riunioni della Sezione Specializzata del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere presieduta dal Prefetto di Milano, alla possibilità di formulare proposte al Commissario unico delegato del Governo e alla Società Expo S.p.A., alla verifica preventiva di legittimità degli atti relativi all'affidamento e all'esecuzione dei contratti pubblici, fino alla vigilanza sul corretto adempimento da parte delle stazioni appaltanti (SA) degli accordi di legalità sottoscritti con la Prefettura di Milano, sembra preordinato alla costituzione di un presidio amministrativo di capillare azione di prevenzione della corruzione in via amministrativa.

Il presidio anticorruzione che fa capo al Presidente dell'ANAC viene completato dal legislatore con l'attribuzione a quest'ultimo di poteri più generali nell'ambito della contrattualistica pubblica che gli consentono di intervenire con immediatezza e tempestività al fine di evitare che gli illeciti possano riverberarsi sui tempi di esecuzione delle commesse pubbliche o pregiudicare l'interesse alla realizzazione di opere o all'erogazione di servizi e che l'autore possa trarne ulteriori profitti. Con tali finalità, egli è chiamato a proporre al prefetto competente l'applicazione di misure straordinarie che, in proporzione alla gravità degli illeciti e al grado di ingerenza dei fatti corruttivi, vanno dall'estromissione del soggetto coinvolto nell'illecito dalla *governance* societaria o, nei casi più lievi, alla designazione *ad hoc* di esperti con compiti di affiancamento dell'impresa coinvolta, fino ad arrivare, nei casi più gravi, al commissariamento dell'appalto in questione.

La complessa attività di riorganizzazione dell'ANAC è stata articolata dal legislatore in due fasi temporalmente distinte: una prima fase, disciplinata dalla legge, volta a consentire all'Autorità di esercitare nell'immediatezza il complessivo ventaglio di funzioni e poteri

attribuitile; una seconda, che permetterà alla nuova Autorità di andare a regime nel corso dell'anno 2015, è regolamentata nel Piano di riordino, di seguito denominato anche "Piano", la cui efficacia è subordinata all'approvazione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Il legislatore interviene incisivamente nella prima fase, disponendo il trasferimento immediato, sia pure in chiave provvisoria, non solo dei compiti e delle funzioni della soppressa AVCP, ma anche delle risorse umane, strumentali e finanziarie con cui provvedere allo svolgimento dei compiti complessivamente attribuiti all'Autorità. Con riferimento alla seconda fase, invece, il legislatore, individua due momenti fondamentali nel percorso di definizione dell'assetto organizzativo della nuova Autorità, quali la data di presentazione del Piano (prevista entro il 31 dicembre 2014) e la data in cui il Piano medesimo acquista efficacia, quale strumento descrittivo delle scelte programmate e dei benefici conseguiti (in termini di riduzione della spesa) in risposta all'esigenza di riorganizzare un'Autorità totalmente rinnovata.

Le coordinate generali di matrice normativa sono rappresentate: dal trasferimento definitivo all'ANAC delle risorse umane, finanziarie e strumentali, dalla costituzione di un unico ruolo in cui far confluire il personale appartenente alle due Autorità, nonché dalla riduzione, in una misura che non potrà essere inferiore al 20%, delle spese relative al funzionamento dell'Autorità e al trattamento economico accessorio del personale.

Tali direttive vanno, tuttavia, coordinate con le previsioni più generali che il d.l. 90/2014 detta in ordine alla razionalizzazione delle autorità indipendenti con il duplice obiettivo di garantire, da una parte, un maggior grado di indipendenza, imparzialità e trasparenza nell'esercizio delle funzioni istituzionali e, dall'altro, di conseguire significativi risparmi di spesa. È di intuitiva evidenza, infatti, che il Piano di riordino rappresenta anche il luogo deputato a dare seguito alle disposizioni ivi contenute.

L'art. 22 del decreto, in particolare, accanto a previsioni di carattere generale, come il divieto espresso, per gli attuali membri delle autorità di essere nominati nuovamente quali componenti di un'autorità indipendente per un periodo di cinque anni decorrenti dalla data della cessazione dell'incarico, contiene prescrizioni relative all'obbligo di procedure concorsuali unitarie per il reclutamento del personale, previa stipula di convenzioni *ad hoc* tra le medesime autorità, fatte salve le procedure in corso alla data di entrata in vigore del decreto e, più incisivamente, alla riduzione, non inferiore al 20%, delle spese per il

trattamento economico accessorio del personale dipendente, ivi compresi i dirigenti, all'abbattimento dei costi sostenuti nel 2013 per incarichi di consulenza, studio e ricerca e per gli organi collegiali non previsti dalla legge, in una misura che non potrà essere inferiore al 50%, alla gestione unitaria dei servizi strumentali e alla puntuale indicazione di criteri comuni per la gestione dei servizi logistici. In tal senso, le richiamate previsioni generali sono state interpretate correlando le disposizioni speciali riguardanti l'Autorità con quelle di *spending review* contenute nel richiamato art. 22, come sarà descritto nel paragrafo successivo.

Nell'ottica di garantire, fin dall'entrata in vigore del decreto, l'immediata operatività dell'Autorità e l'ottimizzazione delle risorse a disposizione è stato avviato, sin da subito, un *iter* di rinnovamento che ha visto sinergicamente coinvolti il Presidente e il Consiglio.

In tale prospettiva devono essere lette le iniziative intraprese, nelle more dell'efficacia del Piano, al fine di favorire l'integrazione tra le strutture delle due Autorità, superare le difficoltà intrinseche nella coesistenza di due apparati organizzativi e gestionali differenti, rimuovere le criticità rilevate in seno all'AVCP, revisionare i modelli procedimentali, adottare nuovi atti regolamentari, reingegnerizzare i processi e razionalizzare gli uffici. La stessa *ratio* ha accomunato anche le misure di contenimento dei costi e di revisione della spesa, cui si è iniziato a dar corso fin da subito mediante revoche di incarichi, recessi da contratti, soppressione di organismi inutili e revisione di altri.

In altri termini, il Piano è stato concepito come la tappa finale di un percorso di rinnovamento che, di fatto, l'Autorità ha avviato fin dalla data di entrata in vigore del decreto legge. La strada prescelta ha consentito di sperimentare un modello organizzativo e di testarne l'efficacia, in vista dell'approvazione definitiva del Piano di riordino.

1.2 Il Piano di riordino e la nuova organizzazione

1.2.1 Il Piano di riordino

Il Piano di riordino consta di due componenti: una più discorsiva, di carattere prevalentemente ricognitivo-normativo, descrittiva delle misure di razionalizzazione e ottimizzazione intraprese e dei risparmi di spesa già conseguiti nel corso dell'anno 2014 e programmati per il 2015, nonché della nuova struttura; un'altra predisposta nella forma di una sintetica proposta prescrittiva che illustra i significativi elementi di novità rispetto al sistema previgente, atteso che, nel portare a compimento la strategia di riorganizzazione e

definire le funzioni istituzionali dell'Autorità, introduce ex novo la definizione della dotazione organica, il ruolo e l'ordinamento del personale e il suo trattamento giuridico ed economico. Soffermandoci sulla prima componente, rappresentativa del *work in progress* condotto e delle numerose misure poste in essere per favorire lo sviluppo della nuova ANAC e, soprattutto, il rafforzamento dell'impianto preventivo anticorruzione, è doveroso precisare che la configurazione della struttura non scaturisce dalla semplice sommatoria di due entità distinte (AVCP e CIVIT), bensì dall'obiettivo di integrare rispettive funzioni e attività in modo efficace e strutturato, al fine di assicurare il massimo valore aggiunto alla collettività nelle materie di competenza e costruire un nuovo rapporto di fiducia con cittadini, imprese e, in generale, con tutti coloro che operano nelle PA.

Nel descrivere le linee guida cui l'Autorità ha orientato la sua azione, all'interno del Piano di riordino, viene sinteticamente rappresentato il primo insieme di misure intraprese dall'organo collegiale, già all'indomani della sua costituzione, in ottica di razionalizzazione delle spese. Numerose sono state in tal senso le azioni realizzate: dall'eliminazione degli uffici di diretta collaborazione, alla risoluzione immediata dei contratti a tempo determinato (di oltre 20 risorse), dagli interventi relativi alla Camera arbitrale, alla trasformazione dell'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV) da collegiale a monocratico ed alla eliminazione di alcuni organismi collegiali di supporto che non avevano alcuna rilevanza, nonché alla risoluzione dei contratti dei dirigenti esterni.

Numerosi sono stati anche gli interventi di carattere strutturale, finalizzati da un lato a confermare e rafforzare gli obiettivi e l'unitarietà dell'indirizzo politico-amministrativo, dall'altro a ottimizzare e migliorare il livello di efficacia dell'attività di competenza. Il Piano riporta, in tal senso, le iniziative intraprese sia a livello interno, come le scelte di assicurare massima trasparenza rispetto alle decisioni dell'Autorità, di riconoscere e rafforzare le funzioni decisionali e di indirizzo politico in capo al Consiglio[8], di eliminare i criteri di predeterminazione rigida delle sanzioni, sia con impatto sull'utenza esterna: tra queste si segnalano la revisione del *Regolamento del precontenzioso* che ha incrementato l'utilizzo dell'istituto, facilitando così la risoluzione preventiva di questioni che influenzerebbero negativamente l'*iter* e la regolarità delle gare di appalto e del *Regolamento per l'esercizio dei poteri di vigilanza,* che prevede il nuovo istituto della c.d. "vigilanza

[8] L'esempio maggiore è rappresentato dalla decisione di attribuire ambiti di competenza ai singoli Consiglieri, chiamandoli così a svolgere il ruolo di referente o relatore rispetto ad una specifica materia.

collaborativa", anche in risposta all'esigenza più volte rappresentata dalle SA di essere sottoposte ad una verifica preventiva, sin dalla fase di predisposizione dei bandi di gara e in sede di esecuzione dei contratti.

In risposta alle previsioni dell'art. 22 del d.l. 90/2014 sull'adozione da parte di tutte le autorità indipendenti degli adempimenti in materia di razionalizzazione della spesa, il Piano di riordino circoscrive il perimetro di applicazione e descrive le misure intraprese con specifico riferimento a ciascun obbligo. Agli adempimenti sanciti dal richiamato art. 22 la nuova ANAC ha risposto adottando specifiche iniziative quali, tra le tante, la stipula di un'apposita convenzione in materia di procedure concorsuali con altre autorità indipendenti per il reclutamento del personale (co. 4), l'abrogazione della figura del portavoce e l'eliminazione del Comitato etico e del Comitato per il precontenzioso (co. 6). Con riferimento all'antinomia normativa del co. 5 dell'art. 22 con il combinato disposto del co. 3, lett. b), dell'art. 19[9], l'Autorità ha cercato di chiarire i termini di applicazione della riduzione del trattamento economico accessorio a tutto il personale, ipotizzandone, in un primo momento, l'attuazione soltanto a seguito della definizione di un unico ruolo, secondo quanto previsto all'art. 19, co. 3, lett. a), del d.l. 90/2014. A tal proposito, l'ANAC ha formulato ben due richieste di parere alla Ragioneria generale dello Stato per individuare un'interpretazione del dettato normativo coerente con le logiche di *spending review* che hanno ispirato il legislatore[10], procedendo a considerare i tagli richiesti a far data dal mese di luglio 2014. Relativamente alla gestione comune tra più autorità di servizi strumentali (co. 7 dell'art. 22), anche in considerazione del contenimento dei costi conseguito grazie all'unificazione strutturale e funzionale di tutti i servizi che facevano capo alle due amministrazioni e del quadro di eccezionalità che contraddistingue l'ANAC da tutte le altre autorità destinatarie della norma, la stessa ha proposto ed ha ottenuto, dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che le prescrizioni previste potessero ritenersi

[9] Il co. 5 dell'art. 22 prevede che a decorrere dal 1 luglio 2014, tutte le autorità provvedano, nell'ambito dei propri ordinamenti, ad una riduzione non inferiore al 20% del trattamento economico accessorio del personale dipendente, inclusi i dirigenti. Tale previsione risulta però in contrasto con il disposto del co. 3, lett. b), dell'art. 19, secondo cui il Piano di riordino che il Presidente dell'ANAC presenta, entro il 31 dicembre 2014, al Presidente del Consiglio dei Ministri, contempla, tra le altre misure, la riduzione non inferiore al 20% del trattamento economico accessorio del personale dipendente, inclusi i dirigenti, fermo restando che il medesimo Piano acquista efficacia a seguito dell'approvazione con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da emanare entro 60 giorni dalla presentazione dello stesso.

[10] Alle richieste di parere formulate dall'Autorità, la Ragioneria generale dello Stato ha risposto ritenendo che l'art. 22 «non ostacola, ma anticipa, l'attuazione degli obiettivi che devono essere obbligatoriamente contemplati ai sensi del comma 3 dell'art. 19».

soddisfatte con i risultati derivanti dall'accorpamento. In ultimo, con riferimento all'obbligo di utilizzo per la sede di un edificio in proprietà pubblica o ad uso garantito o in locazione a condizioni più favorevoli rispetto agli edifici demaniali disponibili (co. 9 dell'art. 22), è stato descritto l'approccio adottato e, nel dettaglio, è stato rappresentato come già lo scorso mese di novembre l'ANAC ha formulato specifiche richieste di disponibilità di immobili da adibire a propria sede che però hanno visto poche risposte, per lo più negative.

Sempre all'interno del Piano di riordino, nella sezione relativa al nuovo ordinamento dell'ANAC, viene illustrata la previsione di bilancio per l'anno 2015 e l'entità della riduzione delle spese di funzionamento della struttura. In considerazione, infatti, della decisione istituzionale di redigere ed approvare un unico bilancio di previsione soltanto nel mese di dicembre 2014, quello del 2015 rappresenta, dunque, il primo bilancio dopo l'entrata in vigore del d.l. 90/2014.

La predisposizione del documento non è scaturita dalla semplice unione dei due bilanci, bensì dall'integrazione di numeri e realtà diverse, rappresentativi della nuova missione istituzionale e, soprattutto, dell'intenzione di rispondere efficacemente agli adempimenti previsti dall'art. 19, co. 3, lett. c), del decreto in esame. Pur rimandando al Piano per una consultazione puntuale dell'entità dei risparmi per le diverse categorie di spesa (spese di funzionamento degli organi istituzionali, personale, acquisto di beni e servizi, spese di varia natura) ci si limita, in questa sede, a riferire che la riduzione delle spese di funzionamento per l'anno 2015 (rispetto al 2014) si attesta su circa il 25%, quindi di oltre cinque punti percentuali in più rispetto alla diminuzione richiesta dal dettato normativo.

Il Piano di riordino si conclude con un richiamo al piano di attuazione da avviare a seguito della sua approvazione, in ottica di efficiente ed efficace perseguimento degli obiettivi prefissati, anche anticipando, nei limiti del possibile, le attività di revisione e predisposizione di atti e regolamenti coerenti con il nuovo assetto e la nuova visione.

Alla data di stampa della presente *Relazione*, il Piano risulta in fase di valutazione da parte degli organi competenti.

1.2.2 La nuova organizzazione

Dal punto di vista organizzativo il quadro di riferimento è piuttosto articolato e per poter essere rappresentato in maniera esaustiva deve, necessariamente, essere contestualizzato

rispetto alle due realtà, AVCP e CIVIT, prima del d.l. 90/2014 e dopo il richiamato decreto rispetto alla nuova ANAC.

Fino al 23 giugno 2014, l'organico delle due autorità contava di 336 unità di personale per l'AVCP e 25 unità per la CIVIT. Le due realtà si differenziavano pesantemente oltre che da un punto di vista meramente numerico anche per la tipologia di contratti in essere e sulla base dell'analisi organizzativa condotta, come anche ampiamente descritto nel Piano di riordino, numerose sono state le azioni intraprese in ottica di razionalizzazione della spesa e di superamento dei limiti delle precedenti strutture, soprattutto con specifico riferimento ad AVCP.

Le decisioni assunte nel proseguo sono state ispirate alla definizione di una struttura di tipo orizzontale, caratterizzata 25 uffici dirigenziali funzionalmente dipendenti dalla struttura di Presidenza, dal Segretario Generale e, in via transitoria e fino all'approvazione definitiva del Piano, dalle aree Vigilanza e Regolazione un ufficio ispettivo, alle dirette dipendenze del Presidente cui afferiscono dieci dirigenti che esercitano compiti ispettivi e 12 posizioni dirigenziali di staff a supporto del Presidente e del Segretario Generale.

Relativamente al personale dirigente, tenuto conto del processo di riorganizzazione avviato nel mese di luglio 2014 e conclusosi con la modifica dell'accordo sindacale concernente il trattamento economico, è stata introdotta una differenziazione fra le posizioni dirigenziali articolata in quattro fasce, cui corrisponde una diversa retribuzione della posizione di parte variabile e della retribuzione di risultato.

La nuova organizzazione operativa, dal 1 gennaio 2015, prevede complessivamente 350 unità di personale.

Tabella 1.1 Unità di personale ANAC

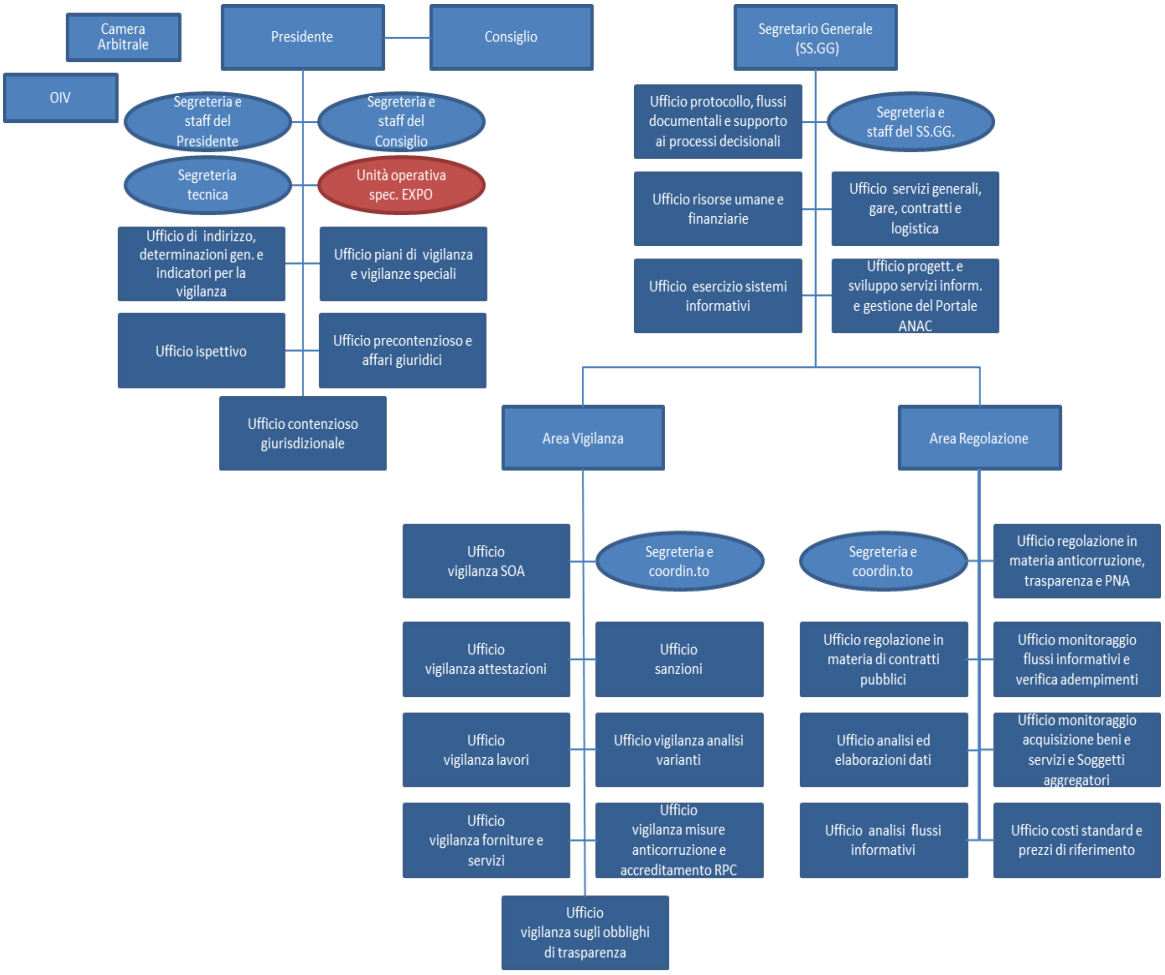
Tipologia di risorsa	Numero di unità
Dirigenti	35
Funzionari	207
Operativi	108
Totale risorse	**350**

Fonte: ANAC

La rappresentazione della struttura organizzativa disegnata all'insegna della nuova missione istituzionale è riportata nella figura 1.1.

Il personale in servizio alla data del 31 dicembre 2014 vede una lieve superiorità del genere femminile (52%) rispetto a quello maschile (48%) e vanta un'età media di circa 49 anni. L'analisi delle informazioni sul profilo professionale[11] suggerisce una preponderanza di personale con formazione di tipo amministrativo-giuridica (53%), un'equa distribuzione di risorse con profilo economico-statistico e tecnico (ciascun profilo con un'incidenza del 19%) e una minoranza di unità con profilo informatico (9%).

Figura 1.1 Organizzazione della struttura



Fonte: ANAC

[11] I profili sono stati considerati sulla base di quanto contenuto nella delibera AVCP n. 2/2008 "Ordinamento professionale".

1.3 I punti di contatto

Al fine di favorire la condivisione delle informazioni di interesse per gli *stakeholder* ed assicurare un elevato grado di supporto al mercato, l'Autorità ha rafforzato i propri strumenti di comunicazione e di interfaccia, curando oltre alla corretta erogazione dei servizi già in essere anche l'avvio di nuove iniziative per fa conoscere la propria attività istituzionale.

Nel prosieguo si darà conto dei principali canali di contatto con l'Autorità.

Il Contact Center

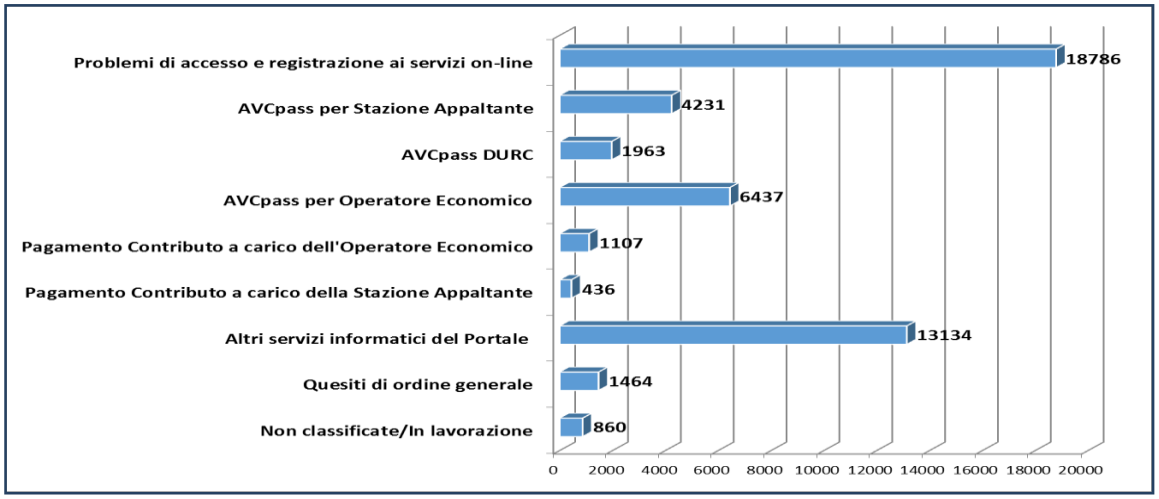
Il Contact Center (CC) rappresenta, insieme al sito istituzionale, uno tra i principali punti di contatto dell'ANAC. Attraverso il numero verde 800-896936, l'Autorità assicura supporto ed assistenza su servizi informatici ed attività istituzionali; in aggiunta alla modalità *on line*[12] (numero verde), il CC è erogato anche in modalità *off line*[13] attraverso due ulteriori livelli che presidiano, con competenze e grado di specializzazione ovviamente diversi, i numerosi canali di ingresso delle comunicazioni rivolte all'Autorità. L'incidenza su ciascuno dei due livelli rispetto al numero totale di contatti e richieste (*ticket*) ricevuti è rispettivamente del 67% sull'*on line* e del 33% sull'*off line*.

Relativamente al canale *on line* l'articolazione dell'*Interactive Voice Response* (IVR) è stata rivista nel corso del mese di novembre al fine di adeguare il servizio alle nuove competenze riconosciute in capo all'ANAC. A tal proposito, la vecchia organizzazione dei contenuti, è stata modificata per estendere il supporto anche in materia di trasparenza ed anticorruzione, cercando di adattare - in tempi brevi - la struttura dell'IVR anche alle nuove tematiche.

[12] La modalità on line rappresenta una modalità di interazione "diretta", ovvero mediante canale telefonico.

[13] La modalità *off line* rappresenta una tipologia di interazione "indiretta" che prevede, cioè la presa in carico del contatto in modo "asincrono", ovvero non in tempo reale (posta elettronica, fax, ecc.).

Figura 1.2 Articolazione delle richieste in ingresso al numero verde (I livello) per tematica di interesse nel mese di dicembre 2014



Fonte: ANAC

Come rappresentato nella figura 1.2, le tematiche di maggiore interesse riguardano per lo più richieste afferenti alla materia degli appalti pubblici con particolare riferimento alle problematiche legate ad accesso e registrazione ai servizi *on line* (per circa il 39%), altri servizi informatici del portale (esclusi AVCPASS e Riscossione contributi) (per circa il 27%) e AVCPASS sia nella componente Operatore Economico (OE) che SA (rispettivamente con un'incidenza di circa il 13% e il 9%).

È interessante rappresentare l'articolazione del campione di utenza che si rivolge al numero verde, costituita per circa il 61% da SA, dal 37% da OE e per una percentuale complessiva, residuale di circa il 2% da società di ingegneria e professionali, società organismo di attestazione (SOA) e utenti non classificati.

Esulando dalla gestione puntuale delle richieste di cui sopra, trattate opportunamente attraverso il sistema di *trouble ticketing*[14] in uso nell'ambito del servizio, un dato interessante da considerare è quello relativo all'utilizzo della casella di elettronica certificata (PEC), da parte dell'Autorità. Il dato mostra, infatti, che nel corso dell'anno 2014 sono state registrate 15.600 PEC in uscita con un *trend* di crescita di circa il 29% rispetto all'anno precedente; ciò a dimostrazione del massiccio ricorso alla PEC quale strumento, disciplinato dalla legge italiana, che permette di assicurare a un messaggio di posta elettronica le caratteristiche di non ripudio, autenticazione ed integrità dei dati.

[14] Il sistema di *trouble ticketing* permette la tracciatura e la gestione, in maniera informatizzata, delle richieste di assistenza pervenute.

Il sito istituzionale

Come anticipato, il sito istituzionale rappresenta uno degli strumenti principali attraverso il quale l'Autorità cura la comunicazione delle proprie attività e la diffusione degli atti di interesse generale. L'unificazione del sito istituzionale è avvenuta solo nel mese di dicembre, mese che peraltro - come anche precisato all'interno del Piano di riordino - segna, a livello organizzativo, un momento di svolta decisiva perché ha visto concretizzarsi oltre all'unificazione del portale, la progettazione e l'approvazione di un unico bilancio di previsione, l'applicazione del nuovo modello organizzativo che anticipava quello prospettato con il Piano e l'individuazione di un'unica sede quale quella di via Minghetti (al posto delle tre preesistenti).

Per fornire un'idea della consistenza degli accessi e, conseguentemente, dell'interesse che gli utenti hanno nei confronti delle attività dell'ANAC si rappresenta che in media nei giorni lavorativi vengono visitate circa 320.000 pagine. Si registrano, dunque, mensilmente una media di 3.000.000 pagine in circa 800.000 sessioni nella parte informativa[15] e di oltre 3.500.000 pagine in circa 350.000 sessioni nella sezione dei servizi[16].

Assumendo come riferimento il mese di marzo 2015, la durata media della generica sessione è di 4.02 minuti e le pagine visualizzate per sessione sono circa quattro. Gli accessi al sito istituzionale, come è logico attendersi, sono avvenuti, per lo più, ad opera di utenti "di ritorno" (67%) che cioè non è la prima volta che vi accedono e soltanto per poco più di un terzo si è trattato di un primo accesso (33%).

La newsletter

Confidente dell'importanza che gli strumenti di comunicazione rivestono soprattutto nel contesto attuale e dell'esperienza positiva sperimentata nell'ambito della precedente gestione, l'Autorità ha deciso di promuovere la realizzazione *in-house* di un servizio di *newsletter* destinato agli *stakeholder* del mercato per dare evidenza dell'attività istituzionale del Presidente e del Consiglio, degli aggiornamenti e delle pubblicazioni che avvengono sul sito istituzionale.

---

[15] Ovvero nelle sezioni del sito contenti atti, delibere, documenti, ecc. relativi all'attività svolta e/o pianificata da parte dell'Autorità, ad eccezione della sezione *Servizi* contenente le applicazioni web ad accesso riservato.

[16] Secondo Alexa, azienda internazionale che si occupa di analisi del traffico web, il sito dell'Autorità, agli inizi di maggio 2015, è al 1.478-esimo posto per accessi in Italia, ai livelli del sito del Ministero della Salute (1.443-esimo posto) e più acceduto dei siti di Ministero del Lavoro (1.812-esimo), Garante per la protezione dei dati personali (1.807-esimo) ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) (4.812-esimo).

La *newsletter* si inserisce, dunque, nell'ambito dei punti di contatto, come servizio pubblico di informazione continua che offrirà agli utenti[17] registrati la possibilità di ricevere, con cadenza periodica, nella propria casella di posta elettronica notizie, informazioni e aggiornamenti sulle attività dell'Autorità, così da permettere il monitoraggio di temi, progetti ed eventi di interesse, in modo semplice, diretto e continuativo nel tempo.
La nuova *newsletter* "ANACnews" sarà disponibile entro le prossime settimane; l'iscrizione al servizio, ivi compresa la disponibilità delle funzioni di cancellazione e consultazione delle edizioni inviate e pubblicate, sarà possibile attraverso una sezione dedicata del portale istituzionale.

[17] Sono state individuate tre tipologie di destinatari delle informazioni veicolate mediante la *newsletter*: operatori del settore degli appalti pubblici e destinatari degli adempimenti che riguardano la trasparenza e l'anticorruzione; istituti di ricerca, OE, giuristi, *opinion leader*, intellettuali, organizzazioni sindacali, partiti politici, cittadini; operatori della comunicazione, principalmente giornalisti, uffici stampa ed organi di informazione, generalisti, tecnici o specializzati.

Capitolo 2

I rapporti istituzionali

La radicale trasformazione della *mission* istituzionale dell'Autorità introdotta dal d.l. 90/2014, unita alla generale attenzione dell'opinione pubblica, dei media e della *leadership* politica rispetto ai temi della lotta alla corruzione, si sono tradotti in un forte impulso al dialogo tra ANAC e altri soggetti, dai vertici istituzionali del Paese (Governo e Parlamento), ai ministeri, agli organismi con funzioni omologhe (autorità indipendenti, Corte dei Conti), fino al dialogo con gli enti locali, disegnando nuovi spazi di interazione e collaborazione.

L'impegno dell'Autorità, nell'interazione con gli altri soggetti istituzionali, ha riguardato, da una parte, la volontà di contribuire, nelle forme previste dalle norme che definiscono compiti e funzioni dell'ANAC, alla qualità della legislazione (*better regulation*), in particolare, attraverso interventi chiarificatori e segnalazioni inerenti le modifiche normative introdotte dal Governo e dal Parlamento in materia di anticorruzione, trasparenza e contratti pubblici, come peraltro verrà descritto nelle parti II e III; dall'altra, si è tradotto nella promozione di "logiche di sistema" nel contrasto ai fenomeni corruttivi, attraverso la definizione di accordi di cooperazione o protocolli di intesa con organismi e istituzioni la cui attività incrocia quella dell'Autorità o è liminare alle funzioni ad essa affidate.

In un'accezione più ampia dell'espressione "rapporti istituzionali" rientrano anche le molteplici iniziative organizzate in collaborazione con enti locali, università e associazioni su tutto il territorio nazionale finalizzate alla formazione sul tema della prevenzione della corruzione e alla diffusione del ruolo e delle funzioni dell'Autorità, tese anche a sensibilizzare l'opinione pubblica sui temi della legalità e dell'etica pubblica.

Nel seguito saranno illustrati i principali momenti che hanno visto l'Autorità interagire con i soggetti istituzionali, in particolare, attraverso gli interventi nell'ambito di audizioni su progetti di legge, i protocolli di intesa e gli accordi di collaborazione.

2.1 Le audizioni in Parlamento

La necessità di risolvere ambiguità, criticità e lacune presenti nelle norme di recente emanazione, oltre agli interventi normativi che hanno determinato un impatto sul decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), di seguito denominato "Codice" o anche "Codice dei contratti pubblici", spesso risultato di un'attività di decretazione d'urgenza e sovrapposizioni normative che, anche in relazione alla materia dell'anticorruzione e della trasparenza, si sono rivelate non esenti da problemi interpretativi e applicativi, hanno richiesto un confronto sistematico tra l'Autorità, il Governo e il Parlamento.

In tale contesto, hanno assunto particolare rilievo gli interventi riconducibili all'esercizio delle funzioni, attribuite all'Autorità dal d.l. 90/2014, di regolazione, vigilanza e controllo sul rispetto dei principi di correttezza e trasparenza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici. L'esercizio di tali compiti istituzionali si è sostanziato nel contributo critico al progetto di riforma del Codice e di una sua integrale riscrittura, resa necessaria in occasione del recepimento delle tre direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. Proprio con riferimento al Codice e al *Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti* (di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010, n. 207 (*Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"*) di seguito denominato "Regolamento", assumono particolare rilievo le osservazioni espresse in relazione a recenti iniziative legislative del Governo che, per assicurare il perseguimento dei risultati e l'efficienza nella realizzazione di opere pubbliche di rilevanza strategica, hanno introdotto ulteriori "eccezioni" alla normativa vigente, confermando una prassi derogatoria anch'essa foriera di sistematiche distorsioni. Sempre in tema di contratti pubblici, l'Autorità è stata anche ascoltata in un'audizione informale nell'ambito dell'esame dei progetti di legge per la riforma del terzo settore, in merito al quale, l'Autorità ha in programma di adottare a breve delle linee guida *ad hoc*, volte anche a regolare l'affidamento dei contratti pubblici alle cooperative sociali.

Relativamente al tema della prevenzione e del contrasto alla corruzione si segnalano le audizioni svolte sul disegno di legge anticorruzione e quella relativa alle incompatibilità in

relazione alle fattispecie del mandato di parlamentare e dell'appartenenza agli ordini professionali.

Il disegno di legge di recepimento delle direttive europee sugli appalti pubblici

L'Autorità è intervenuta, in più occasioni, in merito all'esame del disegno di legge 1678/2014, di recepimento delle direttive comunitarie. Tra i primi interventi si segnalano le audizioni informali del 18 giugno 2014 e dell'8 gennaio 2015 dinnanzi alla VIII Commissione Permanente (Ambiente, Territorio e Lavori pubblici), rispettivamente della Camera dei deputati e del Senato, e l'audizione formale del 18 febbraio 2015 presso l'VIII Commissione Lavori pubblici del Senato della Repubblica, sulla quale ci si concentrerà anche in virtù delle molteplici considerazioni ivi svolte dal Presidente dell'Autorità.

L'attenzione è stata posta, in primo luogo, sull'esigenza di sviluppare una normativa snella ed essenziale che non si soffermi su aspetti di dettaglio e che possa favorire la flessibilità e l'adeguatezza delle scelte delle SA. In tale contesto, si è evidenziato come l'applicazione di una normativa semplificata sia demandata all'adozione, da parte dell'ANAC, di regole di secondo livello, cioè misure di *soft law* o *soft regulation*, quali bandi-tipo, atti interpretativi e linee guida, anche con valore cogente che, nel limitare la discrezionalità e le condotte arbitrarie nella gestione di fondi pubblici, consentano di preservare il principio generale della non derogabilità della norma primaria e di evitare le continue "incursioni normative" di cui è stato oggetto in passato il Codice dei contratti pubblici. Il quadro normativo che si va a delineare rende, infatti, l'Autorità il soggetto istituzionale idoneo ad assolvere alla funzione di definizione di regole applicative delle norme di primo livello e, più in generale, di esercizio delle funzioni di *governance* previste dall'art. 83 della direttiva 2014/24/UE, finalizzate alla corretta applicazione della normativa.

Emerge, da tale riflessione, un'interpretazione del ruolo dell'Autorità non tanto (o non solo) dimensionato sull'esercizio di funzioni di controllo e vigilanza, quanto sulla capacità di offrire un supporto proattivo agli operatori del settore, sia nella fase di affidamento che in quella di esecuzione dei contratti pubblici, anche attraverso, ad esempio, un potenziamento dello strumento della vigilanza collaborativa o mediante l'introduzione di strumenti mutuati dall'ambito privatistico della normazione c.d. "volontaria", quali, in sede di monitoraggio di un appalto, il potere di esprimere raccomandazioni o rilievi vincolanti finalizzati alla rimozione di irregolarità e all'adozione di azioni correttive.

Nella stessa direzione converge, inoltre, la proposta di rafforzare l'attività di precontenzioso (di cui si parlerà dettagliatamente nel capitolo 7) - attualmente esercitata dall'Autorità per effetto della previsione contenuta nell'art. 6, co. 7, del Codice - agevolando una sua evoluzione verso una forma di *Alternative Dispute Resolution* (ADR) di tipo conciliativo, finalizzato alla deflazione del contenzioso sugli appalti.

Parallelamente, viene proposto un rafforzamento dei poteri di intervento dell'Autorità, quali il potere di intervento cautelare sugli atti delle procedure di gara e di esecuzione del contratto, al fine di evitare, in casi di urgenza, danni gravi e irreparabili e il potere di agire in giudizio per la rimozione delle illegittimità riscontrate nell'affidamento o nell'esecuzione dei contratti di appalto, analogamente, in questo caso, a quanto già ipotizzato per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) dall'art. 21-*bis*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*).

Un aspetto evidenziato dal Presidente dell'Autorità riguarda la previsione (molto apprezzata) nel disegno di legge dell'utilizzo dei c.d. "criteri reputazionali", ovvero di indicatori del comportamento delle imprese da utilizzarsi nell'affidamento dei contratti pubblici. La questione risponde all'esigenza, sentita da più parti, di introdurre nelle procedure di scelta del contraente criteri connessi al rispetto, da parte degli OE, sia di alcuni principi base di legalità, quali, ad esempio, non aver avuto condotte corruttive o collusive, sia delle condizioni contrattuali in termini di tempi e costi nell'esecuzione dei precedenti contratti pubblici. Parallelamente, si dà anche conto della necessità di qualificare i *buyer* pubblici, prevedendo la possibilità di espletare procedure di gara in ragione della loro effettiva capacità tecnica e organizzativa.

Un ulteriore punto evidenziato, infine, attiene alla possibilità per l'Autorità, analogamente a quanto viene effettuato dalla Camera arbitrale di cui all'art. 242 del Codice, di curare la tenuta dell'elenco dei commissari, verificando la sussistenza e la permanenza in capo a questi ultimi dei requisiti di moralità e indipendenza, qualora in sede di attuazione del disegno di legge delega si optasse, come è auspicabile, per l'istituzione di un sistema di nomina dei membri delle commissioni di gara secondo criteri di indipendenza o mediante sorteggio.

Il decreto legge "Sblocca Italia" e le concessioni autostradali

Nell'audizione alla Camera dei deputati del 30 settembre 2014, relativa al decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 (*Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*), convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, c.d. "Sblocca Italia", il Presidente dell'Autorità ha posto l'accento sulla ricerca di un equilibrio tra l'esigenza di semplificare la disciplina normativa in materia di affidamento e gestione dei contratti pubblici e la necessità di prevenire i fenomeni corruttivi che tale semplificazione può agevolare, in assenza di ben precise misure di contrasto.

Il riferimento è, ad esempio, alla scelta di prevedere la figura di un commissario straordinario, dotato di ampi poteri decisionali, per assicurare un'accelerazione dell'*iter* approvativo dei progetti e con esso del ciclo di realizzazione di opere ritenute di interesse strategico. I suggerimenti nel merito formulati traggono spunto dalla riflessione sulle esperienze pregresse e si focalizzano, da una parte, sulla necessità di identificare forme di bilanciamento ai poteri conferiti alla figura del commissario e, dall'altra, sugli strumenti più idonei a garantire un'efficace gestione del ciclo dell'appalto.

In relazione all'esigenza di rimuovere gli ostacoli alla realizzazione di opere strategiche, dipendenti dalla complessità dell'interazione con un apparato amministrativo fortemente decentrato, cui competono le decisioni relative alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale, del patrimonio storico-artistico o della salute e della pubblica incolumità, viene osservato che, se la conferenza dei servizi non ha mostrato efficacia nella risoluzione dei conflitti, sembrerebbe più opportuno, nell'ottica di una maggior tutela dell'interesse collettivo, attribuire capacità decisionale, in caso di dissenso, al potere politico - in particolare al Presidente del Consiglio dei Ministri, in linea con quanto previsto dalla legge obiettivo -, anziché alla figura del commissario.

Sugli strumenti utilizzabili ai fini di un'efficace gestione degli investimenti infrastrutturali, l'accento viene posto sulla facoltà, attribuita sempre al commissario, di bandire la gara anche sulla base dei progetti preliminari, nell'ottica di un'accelerazione dell'inizio delle attività. In proposito, sebbene l'affidamento a contraente generale (CG) sembri offrire maggiori garanzie, in quanto prevede in capo al contraente un'obbligazione di risultato, l'esperienza - come peraltro sarà evidenziato nella parte II - mostra come tale soluzione

non sia sufficiente ad evitare il contenzioso o a contenere i costi di realizzazione delle opere, ma necessita, a giudizio dell'Autorità, della concomitanza di misure preventive come la completa ed esaustiva definizione del progetto preliminare posto a base dell'affidamento.

Particolare enfasi è stata posta dal Presidente dell'Autorità sulla materia, trattata nell'art. 5 dello Sblocca Italia, delle concessioni autostradali. Diversi i profili di criticità rilevati e segnalati nel corso dell'audizione in Parlamento, sostanzialmente riconducibili al fatto che la disposizione configura un affidamento delle concessioni in assenza di procedure concorsuali (effetto dell'ampliamento e dell'unificazione delle precedenti concessioni), potendo con ciò tradursi in una proroga di fatto delle concessioni in essere e in un differimento a volte temporalmente esorbitante, considerata la scadenza prevista di alcune delle concessioni vigenti, delle ordinarie procedure di affidamento richieste. Nello stesso contesto, viene segnalata l'introduzione di una nuova casistica delle circostanze, già disciplinate dal Codice, di "estrema urgenza" (art. 9) che legittima procedure semplificate, oltre ad ulteriori deroghe al Codice stesso inserite allo scopo di accelerare la realizzazione di varie tipologie di interventi. Alcuni dei profili critici evidenziati nel corso dell'audizione sono stati accolti dal legislatore in sede di conversione. Tra questi rientrano alcuni rilievi formulati proprio in relazione all'art. 9 (co. 2), come ad esempio l'ipotesi, inizialmente prevista per i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, di prescindere dalla richiesta di garanzia di cui all'art. 75 del Codice (lett. a)), oltre all'aver assicurato una maggiore concorrenza con l'elevazione degli OE da tre a cinque a cui formulare l'invito sempre con riferimento agli appalti sotto soglia comunitaria (lett. d)).

Il punti sopra evidenziati sono stati ripresi sia in una lettera del Presidente dell'ANAC del 28 gennaio 2015 indirizzata all'allora Ministro delle Infrastrutture, pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, sia nel corso dell'audizione del 16 febbraio 2015 nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle concessioni autostradali. In tale sede si è avuto modo di aggiungere alcune riflessioni sullo stato del sistema delle concessioni caratterizzato, da un lato dall'esistenza di contratti di durata elevatissima, e dall'altro da una situazione di blocco vuoi a causa di ricorsi giurisdizionali pendenti su alcune procedure di gara, vuoi per l'incertezza relativa al soggetto che deve subentrare nella concessione. Altri aspetti segnalati dal Presidente dell'Autorità riguardano, infine, la natura giuridica di SA dei

concessionari in relazione all'adeguatezza della quota *in-house* e la questione della compressione del costo del lavoro nei subappalti.

Il disegno di legge anticorruzione

Nell'ambito dell'indagine conoscitiva in merito all'esame di varie proposte di legge in materia di delitti contro la PA, associazioni di tipo mafioso e falso in bilancio, il Presidente dell'Autorità ha formulato una serie di considerazioni nel corso dell'audizione del 6 maggio 2015 davanti alla Commissione II - Giustizia del Senato, con specifico riferimento ai poteri dell'ANAC contenuti negli artt. 7 e 8 del testo approvato dal Senato.

Tra le diverse considerazioni formulate nel corso dell'audizione, si segnalano l'apprezzamento per la norma che consente all'Autorità di ricevere notizie dell'esistenza di procedimenti penali, funzionale all'esercizio delle molteplici attività di vigilanza ad essa affidate dal legislatore, *in primis* quelle sugli appalti previsti dal Codice, ma anche quelle connesse ai poteri di commissariamento *ex* art. 32 del d.l. 90/2014 e ai controlli previsti dalla l. 190/2012 sul rispetto dei piani anticorruzione da parte delle PA.

In materia di contratti pubblici è stata anche espressa una valutazione positiva circa l'introduzione della lett. f-*bis*), del co. 2, dell'art. 1 della l. 190/2012, che estende il campo d'azione delle attività di vigilanza sui contratti di cui agli artt. 17 e ss. del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, tra i quali sono ricompresi, ad esempio, i contratti segretati, per i quali è anche prevista la possibilità di verificare se il vincolo del segreto sia stato correttamente previsto, i contratti aggiudicati in base a norme internazionali e i contratti sui servizi esclusi. Analoga valutazione positiva ha riguardato anche la norma che consente al giudice amministrativo di rendere note all'Autorità controversie dalle quali possano emergere elementi che richiedano suoi interventi. Questa seconda disposizione, tra l'altro, rappresenta un giusto completamento di quanto era già stato previsto dal d.l. 90/2014 in relazione a comunicazioni analoghe inviate all'ANAC dall'Avvocatura dello Stato. Nel complesso, si valuta che l'insieme dei meccanismi sopra delineati permetterebbero all'Autorità di disporre di importanti elementi informativi sia per effettuare ulteriori e più approfonditi accertamenti in ordine alle attività in corso, sia per avviare nuove indagini finalizzate alla prevenzione e al contrasto dei fenomeni corruttivi e dell'illegalità.

Altro argomento menzionato nel corso dell'audizione è la difficoltà, soprattutto per le piccole amministrazioni, di adempiere agli obblighi di pubblicità e trasparenza imposti dal

decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*) di seguito denominato anche "decreto 33", dovuta sostanzialmente all'entrata in vigore della legge in tempi rapidissimi. Su questo punto, il Presidente dell'Autorità, nell'evidenziare la bontà delle finalità normative, ha auspicato la possibilità di un adattamento progressivo delle amministrazioni verso gli adempimenti previsti, che a regime potranno costituire un vero punto di riferimento per il controllo dei cittadini sull'operato delle PA.

Altro aspetto di interesse discusso in sede di audizione attiene all'opportunità di avviare un approfondimento sulla figura dell'agente provocatore. Al riguardo, il Presidente dell'ANAC ha osservato che tale figura dovrebbe essere intesa non nei termini di un soggetto che ha il compito provocare, in concreto, una situazione corruttiva, come nell'esperienza anglosassone, quanto piuttosto di un soggetto che agisce sotto copertura, con le stesse garanzie previste dall'art. 416-*bis* del *Codice penale* o per altri reati, con finalità investigative e di comprensione dall'interno dei meccanismi dell'attività associativa.

Ulteriori argomenti affrontati sono poi quelli attinenti alla scelta, giudicata positiva, di reintrodurre norme che penalizzino concretamente ed efficacemente la fattispecie del falso in bilancio e all'opportunità di far rientrare anche la figura dell'incaricato di pubblico servizio nell'ambito del reato di concussione.

Gli ordini professionali e i conflitti interesse

In occasione dell'audizione dell'11 marzo 2015, presso le Commissioni riunite I e XII - Affari costituzionali della Presidenza del Consiglio e degli interni e Commissione affari sociali, il Presidente dell'Autorità ha formulato una serie di osservazioni in merito alla disciplina delle incompatibilità degli incarichi con particolare riferimento alle fattispecie del mandato parlamentare e delle cariche ricoperte presso gli ordini professionali.

È stato chiarito, innanzitutto, che l'incompatibilità è un istituto previsto dal decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39 (*Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190*) di seguito denominato anche "decreto 39", in attuazione di una delega contenuta nella l. 190/2012 allo scopo di evitare che la sovrapposizione di funzioni possa generare conflitti di interesse; la normativa, si precisa, non impedisce ad un soggetto di ricoprire una determinata carica, ma impone allo

stesso di effettuare una scelta qualora vi sia la possibilità di ricoprirne più d'una. Con specifico riferimento al mandato di parlamentare, il Presidente dell'Autorità ha osservato che, pur essendo sul punto la norma ambigua, l'incompatibilità sussiste con riguardo agli organi di vertice degli enti pubblici e non anche verso i consiglieri degli ordini professionali (che, si precisa, non sono organi di vertice.

Nella disamina della problematica, il Presidente ha anche chiarito gli ambiti di competenza dell'Autorità in relazione al fatto che, in materia di inconferibilità e incompatibilità, il legislatore affida all'ANAC la vigilanza sugli enti pubblici, prevendo al tempo stesso la disciplina delle incompatibilità dei parlamentari per i quali, invece, sussistono delle prerogative costituzionali in capo al Parlamento. Sul punto si è chiarito che la valutazione delle incompatibilità degli enti pubblici spetta al responsabile della prevenzione della corruzione (RPC), mentre l'attività di vigilanza è affidata all'Autorità, che non ha, tuttavia, alcun potere di accertamento e contestazione delle cause di incompatibilità per i parlamentari in quanto tali poteri sono riservati dalla Costituzione alla camera di appartenenza del parlamentare interessato. Nel caso poi in cui le valutazioni espresse dai tre attori in gioco fossero divergenti, prevarrebbero le decisioni assunte dall'organo "superiore" ovvero dal Parlamento.

Altro punto affrontato riguarda la normativa sull'inconferibilità degli incarichi per la quale l'ANAC ha chiesto da tempo una revisione. Uno degli aspetti più critici della norma riguarda la definizione degli incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico prevista nel d.lgs. 33/2013, la quale fa riferimento a «gli incarichi di presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico». In merito, si è sottolineata, ad esempio, la difficoltà di valutare l'eventuale attività di delega gestionale diretta del presidente, che non solo richiede di verificare i regolamenti e gli statuti dell'ente, ma anche di valutare i poteri che, in concreto, sono esercitati.

È stata poi rilevata l'inapplicabilità dell'inconferibilità per alcuni reati, soprattutto in relazione ad alcune ipotesi di reato tentato; ad esempio, la norma riguarda la concussione e l'abuso d'ufficio, ma non anche il tentativo di concussione, che può essere ritenuto più grave dell'abuso d'ufficio.

2.2 I protocolli di intesa

Al mese di marzo 2015 risultano sottoscritti oltre 90 tra protocolli di intesa, accordi di collaborazione e tavoli tecnici tra vari organismi e istituzioni e l'ANAC. Tali collaborazioni sono volte a creare un insieme di relazioni che permettano all'Autorità, in una logica "di sistema", di perseguire la propria missione istituzionale di prevenzione e contrasto della corruzione e di diffusione della cultura della legalità. Dalla trattazione fatta all'interno del presente paragrafo, esulano i protocolli di vigilanza collaborativa (o anche protocolli di azione) stipulati per finalità di controllo preventivo e volontario sugli atti di gara, dei quali si parlerà diffusamente nella parte II.

Una quota significativa dei protocolli stipulati (oltre 40) sono finalizzati alla condivisione e all'integrazione del patrimonio informativo rispettivamente detenuto e, a tale scopo, alla cooperazione applicativa tra le parti. Tra di essi menzioniamo, a titolo di esempio, i protocolli di intesa con i ministeri, quali i protocolli stipulati con il Ministero dell'Interno, con il Ministero per la Semplificazione e la pubblica amministrazione, il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare (MATTM), il Ministero dell'Economia e delle finanze (MEF), il Ministero dello Sviluppo economico, gli accordi sottoscritti con altri comparti dello Stato (Direzione Nazionale Antimafia (DNA), Corte dei Conti, Ragioneria generale dello Stato, Guardia di Finanza), le regioni (nell'ambito degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici stabiliti dall'art. 7 del Codice) ed altri organismi (Istituto nazionale di statistica (ISTAT), Agenzia per l'Italia digitale, AGCOM, AGCM). Nel loro novero, inoltre, vanno considerati i protocolli di cooperazione applicativa sottoscritti (solo alcuni ancora in fase di completamento) con taluni enti certificanti (EC) (Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (INAIL), Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), l'Agenzia delle Entrate, Ministero dell'Interno, il Ministero della Giustizia, Infocamere, ecc.), con l'obiettivo di consentire la verifica, attraverso il sistema AVC_{PASS}, del possesso - da parte degli OE - dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario richiesti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (di cui all'art. 6-*bis* del Codice).

Il quadro delle relazioni si è arricchito nel corso del tempo con gli accordi e le convenzioni sottoscritti con numerosi enti ed istituti universitari allo scopo di promuovere la formazione e la cultura della trasparenza e dell'integrità e che si sono anche

tradotti in dibattiti, conferenze e nell'organizzazione di tirocini formativi. Al riguardo, si evidenziano le collaborazioni avviate con importanti organismi pubblici, quali il Ministero dell'Istruzione, dell'università e della ricerca (MIUR), con la Scuola Superiore dell'Amministrazione (SNA) e la Scuola Superiore della Magistratura (SSM) e con riconosciute associazioni private, in particolare con Libera - Associazioni, Nomi e Numeri Contro le Mafie, nonché le interazioni con l'organizzazione *Transparency International* (TI).
Rimandando al successivo capitolo 3 per la rappresentazione delle collaborazioni e relazioni in ambito internazionale, ci si limiterà, nel presente paragrafo, ad analizzare quelle prassi di cooperazione che, per le prospettive future o per il loro valore simbolico, hanno assunto maggiore risalto, senza con ciò sminuire il significato delle numerose relazioni stabilite nel tempo con moltissimi interlocutori istituzionali. Saranno, in particolare, esaminati i contenuti del protocollo sottoscritto con il Ministero dell'Interno per avviare un circuito stabile e collaborativo tra ANAC, prefetture, uffici territoriali del Governo (UTG) ed enti locali, del protocollo di intesa con l'AGCM e della Carta d'intenti firmata da ANAC, MIUR, DNA, Associazione Nazionale Magistrati (ANM). Si farà cenno, inoltre, ai rapporti con SNA e SSM per le attività di formazione della PA sui temi della prevenzione e del contrasto alla corruzione, rinviando al capitolo 12. Con specifico riferimento alle interazioni con associazioni della società civile si accennerà alle collaborazioni intraprese con Libera e TI.

2.2.1 Gli accordi per la prevenzione dell'illegalità

Nell'ambito dei rapporti intrapresi per favorire la prevenzione ed il contrasto dell'illegalità particolare evidenza assumono due protocolli, di seguito illustrati, a cui può essere data una lettura in termini di complementarietà. Si tratta, nel merito, del protocollo con il Ministero dell'Interno, volto a definire ambiti, metodi e strumenti di cooperazione che facilitino la piena attuazione delle norme previste in materia di prevenzione della corruzione da parte delle PA e, dall'altro del protocollo di intesa con l'AGCM, finalizzato a condividere le informazioni necessarie per il rilascio del *rating* di legalità quale strumento premiale per le imprese virtuose, che potrebbero essere chiamate dalle stesse amministrazioni - attraverso l'erogazione di finanziamenti pubblici o l'affidamento di appalti - ad offrire determinati servizi alla collettività.

Il protocollo con il Ministero dell'Interno

Il protocollo di intesa del 15 luglio 2014 stipulato tra Ministero dell'Interno ed ANAC, avente ad oggetto le "Prime Linee Guida per l'avvio di un circuito stabile e collaborativo tra ANAC, Prefetture-UTG e Enti Locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa", nel seguito denominate "Prime linee guida", rappresenta un modello di riferimento (o una buona pratica) per l'integrazione e il coordinamento delle attività che, nell'ambito delle rispettive competenze, istituzioni centrali e organismi locali sono chiamate a svolgere, nel caso specifico, in materia di prevenzione della corruzione. Il protocollo di intesa ha, infatti, lo scopo di definire ambiti, metodi e strumenti di cooperazione tra ANAC e prefetture-UTG, che facilitino la piena attuazione delle previsioni contenute nella l. 190/2012 e delle successive disposizioni normative ad essa correlate. Atto prodromico al protocollo, in esso esplicitamente richiamato, è l'"Intesa tra Governo, Regioni ed Enti locali per l'attuazione dell'articolo 1, co. 60 e 61, della legge 6 novembre 2012, n. 190 del 24 luglio 2013", avente ad oggetto, in particolare, la definizione, da parte di ciascuna amministrazione (regioni, province, comuni), del Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC, nel seguito denominato anche "Piano triennale") e del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (PTTI), l'individuazione degli incarichi vietati ai dipendenti pubblici e l'adozione del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, nel seguito denominato "Codice di comportamento". In tale contesto, veniva affrontato il nuovo ruolo attribuito (ai sensi dell'art. 1, co. 6, della l. 190/2012) ai prefetti di supporto tecnico e informativo agli enti locali in materia di prevenzione della corruzione.

Ciò premesso, uno degli obiettivi delle Prime linee guida consiste nel mettere a disposizione dei prefetti strumenti che facilitino il dialogo e rendano più efficace il circuito informativo tra ANAC ed enti locali. In tal modo, viene valorizzato il ruolo degli UTG, sia in relazione alle funzioni di supporto agli enti locali che su quello della capacità di lettura e conoscenza delle variabili contestuali, che si fonda sulla consolidata esperienza delle prefetture nel contrasto delle molteplici forme di illegalità diffuse nelle realtà locali. Il beneficio atteso è duplice: l'analisi dei dati ricavabili attraverso l'utilizzo degli strumenti previsti dalle Prime linee guida (riguardanti, in particolare, le eventuali criticità incontrate nella redazione del PNA e del PTTI), consentono, da una parte all'ANAC di disporre di una base di conoscenza per la formulazione di atti di indirizzo, orientamenti e per

l'aggiornamento del PNA e, dall'altra ai prefetti di svolgere le funzioni di supporto agli enti locali e della collettività sulla base di una puntuale lettura delle specificità esistenti nei vari territori.

Un secondo obiettivo delle Prime linee guida consiste nella definizione di criteri interpretativi e modalità attuative per l'applicazione delle misure di cui all'art. 32 del d.l. 90/2014, di cui si è già discusso nel capitolo 1. Nel merito, le richiamate linee guida affrontano le incertezze interpretative cui lascia spazio la formulazione della norma in oggetto (in tal senso rappresentano un vero e proprio atto di indirizzo dell'ANAC), riguardanti, ad esempio, le circostanze che legittimano l'applicazione delle misure straordinarie di gestione e monitoraggio che «debbono essere individuate non solo in fatti riconducibili a reati contro la pubblica amministrazione, ma anche a vicende e situazioni che sono propedeutici alla commissione di questi ultimi o che comunque sono ad esse contigue». Viene ribadito, altresì, che le misure straordinarie possono essere legittimamente applicabili ove si rilevino situazioni anche solo «indicative della probabilità» che si stiano verificando condotte illecite o criminali, «probabilità che deve essere ritenuta sulla base di una valutazione discrezionale delle circostanze emerse, le quali devono essere, comunque, connotate da tratti di pregnanza ed attualità».

Altro aspetto affrontato nelle Prime linee guida è il tema dei protocolli di legalità in materia di appalti pubblici, visti come strumento innovativo di prevenzione di fenomeni corruttivi e di condotte illecite nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici[18]. Ne vengono delineati gli ambiti di applicazione e la cornice normativa di riferimento. In particolare, l'indirizzo espresso dall'ANAC si concentra sull'opportunità di un'estensione delle fattispecie che consentono di utilizzare lo strumento della risoluzione del contratto, ad esempio, nei casi in cui l'impresa non comunichi di aver subito un tentativo di concussione, risultante da una misura cautelare o dal rinvio a giudizio dell'amministratore responsabile dell'aggiudicazione, nonché in tutti i casi in cui «da evidenze giudiziarie consolidate in una misura cautelare o in un provvedimento di rinvio a giudizio, si palesino accordi corruttivi tra il soggetto aggiudicatore e l'impresa aggiudicataria».

[18] Clausole di questo tipo sono state previste dall'Autorità nei bandi-tipo n. 1 del 26 febbraio 2014 e n. 2 del 2 settembre 2014, relativi all'affidamento rispettivamente "dei servizi di pulizia e igiene ambientale degli immobili nei settori ordinari" e "di lavori pubblici nei settori ordinari: procedura aperta per appalto di sola esecuzione lavori, contratti di importo superiore a 150.000 euro, offerta al prezzo più basso". Entrambi sono disponibili nella sezione *Attività*, area *Contratti pubblici - Bandi tipo* del sito istituzionale dell'Autorità.

Il protocollo con l'AGCM e il rating di legalità

I compiti affidati all'ANAC e all'AGCM dalle rispettive leggi istitutive, da una parte di promozione della trasparenza, di prevenzione della corruzione, nonché di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, dall'altra, di tutela della concorrenza e del mercato e dei consumatori, hanno condotto allo sviluppo di prassi fortemente innovative, oltre a trovare, nell'ambito dell'accordo sottoscritto, ulteriori ambiti di integrazione.

Il riferimento è, nello specifico, alla condivisione di informazioni finalizzate al riconoscimento del "*rating* di legalità delle imprese" (di cui all'articolo 5-*ter*, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*), convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27), procedimento che consiste in una verifica e valutazione sul possesso, da parte dell'impresa, di particolari requisiti di onorabilità, in presenza dei quali la stessa beneficia di agevolazioni nella concessione di finanziamenti da parte della PA e nell'accesso al credito bancario.

Il Regolamento attuativo in materia di rating di legalità[19] (delibera AGCM del 14 novembre 2012, n. 24075 e s.m.i.), di seguito denominato "Regolamento del *rating*", prevede infatti che l'AGCM trasmetta le richieste di *rating* alle istituzioni competenti, tra cui l'ANAC, per la formulazione di eventuali osservazioni. Rispetto all'originaria versione, il nuovo Regolamento del *rating*, in vigore dal 15 dicembre 2014, ha introdotto alcune rilevanti modifiche, volte a rendere più capillare e penetrante il controllo in sede di rilascio del *rating* e a rendere più stringenti i requisiti di accesso, richiedendo, ad esempio, l'assenza di sanzioni pecuniarie e/o interdittive dell'ANAC a carico dell'impresa quale condizione necessaria per ottenere il punteggio base e di provvedimenti di commissariamento *ex* art. 32 del d.l. 90/2014.

L'ANAC, tuttavia, non è solo chiamata ad effettuare le verifiche sulle informazioni presenti nel Casellario informatico delle imprese (in considerazione di quanto disposto per la verifica del requisito di cui all'art. 2, lett. i), del Regolamento del *rating*), o a segnalare la presenza di procedimenti sanzionatori o misure di commissariamento eventualmente a carico dell'impresa, ma è tenuta ad effettuare una propria valutazione in ordine agli elementi che possono influire sul possesso dei requisiti, ad esempio, sotto il profilo della diligenza ovvero del rispetto dei principi informatori dell'ordinamento da parte

[19] Per la consultazione puntuale del Regolamento del *rating* si rimanda al sito istituzionale dell'AGCM.

dell'impresa, come indicato dall'art. 5, co. 3-*bis* e 3-*ter* del Regolamento del *rating*. In tal senso, l'Autorità, effettua accertamenti e indagini su ciascun caso al fine di segnalare all'AGCM ogni elemento potenzialmente rilevante ai fini della decisione finale circa il rilascio del *rating*.

A partire dal 15 dicembre 2014, data in cui la modifica del Regolamento del *rating* ha previsto il coinvolgimento procedurale dell'ANAC, fino alla fine di marzo 2015, sono pervenute all'ANAC 288 richieste di *rating* di legalità da parte delle imprese. Come evidenziato nella tabella 2.1, alla data del 21 aprile 2015, l'83,7% delle richieste (pari a 241 pratiche) è stato lavorato dall'Autorità con un tempo di lavorazione medio pari a 26,4 giorni lavorativi.

Tabella 2.1 Richieste di *rating* di legalità pervenute e tempi di lavorazione nel periodo dal 15 dicembre 2014 al 21 aprile 2015

Mese di arrivo richiesta	N. richieste pervenute (al 31 marzo 2015)	N. pratiche concluse (entro il 21 aprile 2015)	Media gg (tra data protocollo ingresso e data protocollo uscita)	Max gg (tra data protocollo ingresso e data protocollo uscita)	Min gg (tra data protocollo ingresso e data protocollo uscita)	Media gg lavorativi (tra data protocollo ingresso e data protocollo uscita)
Dicembre 2014	7	7	47,3	52	41	34,3
Gennaio 2015	72	72	33,8	81	23	25,0
Febbraio 2015	90	88	31,4	65	18	23,2
Marzo 2015	119	74	42,1	50	29	30,8
Totale	**288**	**241**	**35,9**	**81**	**18**	**26,4**

Fonte: ANAC

Le richieste di *rating* sono aumentate con un tasso crescente, sintomatico di una sempre più diffusa esigenza di avvalersi dello strumento tra le imprese: dalle 72 richieste pervenute nel mese di gennaio 2015 si è passati a 90 nel mese di febbraio 2015 (+25% rispetto al mese precedente), fino a raggiungere le 119 richieste nel mese di marzo 2015 (+32% rispetto al mese precedente).

Quanto ai risultati della valutazione demandata all'ANAC, per l'11,6% dei procedimenti chiusi sono state formulate osservazioni o rilievi utili ai fini del rilascio del *rating*. In alcuni casi, ad esempio, è stata rilevata l'esistenza di notizie di stampa riguardanti il coinvolgimento dell'impresa in appalti per i quali risultavano esservi delle indagini in corso

o la presenza di una richiesta di informazioni all'ANAC da parte della Guardia di Finanza. In altri, l'esistenza di un decreto del tribunale di sequestro della quota consortile di una delle cooperative consorziate, i ripetuti affidamenti diretti ad una società mista con capitale pubblico e privato (a maggioranza) accertati con pregressa delibera di vigilanza dell'Autorità. In altri ancora, l'esistenza di un'annotazione di risoluzione contrattuale da parte della SA, la mancanza di una sezione "Amministrazione trasparente" sul sito istituzionale nel caso di una società in controllo pubblico.

Le aspettative riposte nel Regolamento del *rating* del protocollo di intesa, relativamente all'identificazione di prassi migliorative di quelle previste dal Regolamento stesso, nell'ottica di una maggiore diffusione del *rating* di legalità, possono ritenersi attese in considerazione dell'individuazione da parte dell'ANAC, di ulteriori requisiti che, ove inclusi nel processo di valutazione, renderebbero quest'ultimo più efficace e qualificante. Si tratta, ad esempio, della possibilità di inserire tra le cause ostative al rilascio del *rating* o tra gli elementi che ne determinano la riduzione del punteggio: la circostanza di aver beneficiato dell'aggiudicazione di un contratto pubblico che - da atti di indagine della autorità giudiziaria - risulti illecitamente conseguita o di aver beneficiato di un illegittimo affidamento di contratto pubblico in base a provvedimenti dell'ANAC; dell'inclusione nel novero delle notizie utili che impediscono il rilascio del *rating* delle annotazioni di "episodi di grave negligenza o errore grave" nell'esecuzione dei contratti ovvero gravi inadempienze contrattuali, ancorché non comportino l'esclusione dalla gara.

Tali proposte sono finalizzate a prevedere requisiti più stringenti e verifiche che vadano oltre il mero possesso di "attributi" formali previsi nell'attuale Regolamento del *rating*. L'esigenza deriva anche dalla constatazione che l'auspicato meccanismo di c.d. "*self-selection*" per cui solo le imprese "cristalline" avrebbero richiesto il *rating*, non ha trovato pieno riscontro nella realtà e le vicende giudiziarie che hanno coinvolto alcune società richiedenti implicano la necessità di effettuare serie riflessioni sull'argomento. In merito, l'ANAC ha previsto la stipula di due protocolli di intesa, uno con l'Arma dei Carabinieri, di più ampio respiro rispetto alle attività svolte dall'Autorità, per l'acquisizione di elementi informativi provenienti dai nuclei speciali dell'Arma, soprattutto nel campo del rispetto delle norme a tutela salute e della sicurezza sul lavoro, e un altro con l'AGCM e la Guardia di Finanza, finalizzato ad effettuare verifiche più puntuali sulle imprese richiedenti il *rating*.

2.2.2 Gli accordi per la formazione e la promozione della cultura della legalità

Il protocollo con il MIUR, la DNA e l'ANM: la Carta d'intenti

Un primo esempio di collaborazione in tale ambito è rappresentato dalla Carta d'intenti sottoscritta in data 5 febbraio 2015 da ANAC, MIUR, DNA, ANM e denominata "Educare alla legalità e alla deterrenza, al controllo e al contrasto dei fenomeni mafiosi e di criminalità organizzata". La scelta di dare risalto a tale iniziativa, tra le numerose forme di collaborazione inter-istituzionale stabilite dall'ANAC nel corso del 2014, risiede nel fatto che rappresenta, in modo emblematico, una delle dimensioni più importanti del ridisegno della *mission* istituzionale dell'Autorità. La constatazione della natura "sistemica" del fenomeno della corruzione, articolato - a differenza delle organizzazioni criminali "tradizionali", che hanno una struttura gerarchica -, in *network* destrutturati, reti di relazioni tra imprenditori, funzionari pubblici, professionisti e politica, richiede che le strategie di contrasto non siano individuate solo nell'intervento repressivo o in misure legislative, ma postula un vero e proprio cambiamento culturale, che renda la legalità - attraverso azioni di sensibilizzazione quali la formazione e, segnatamente, l'educazione delle nuove generazioni -, l'oggetto di un nuovo patto sociale.

Nel disegno delle istituzioni proponenti, la Carta d'intenti vuole offrire alle scuole un idoneo quadro di riferimento all'interno del quale predisporre un'offerta formativa capace di valorizzare l'educazione alla convivenza civile, alla legalità e all'attuazione delle garanzie che la Costituzione della Repubblica Italiana prevede allo scopo di assicurare il pieno sviluppo della persona umana e i diritti di cittadinanza. Tale obiettivo si sostanzia nella promozione di un programma pluriennale di attività, realizzabili nell'ambito dell'insegnamento di "Cittadinanza e Costituzione" (introdotto in tutte le scuole di ogni ordine e grado del territorio nazionale dalla legge 30 ottobre 2008, n. 169 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1 settembre 2008, n. 137, recante disposizioni urgenti in materia di istruzione e università*) e previsto dal Piano di educazione alla legalità del MIUR, realizzato in collaborazione con le associazioni impegnate sui temi della legalità e della cittadinanza attiva), con particolare riferimento a percorsi di educazione alla legalità e alla deterrenza, al controllo e al contrasto dei fenomeni mafiosi e di criminalità organizzata.

L'aspetto di maggiore interesse nell'accordo sottoscritto è costituito proprio dalla volontà di identificare una piattaforma per integrare iniziative promosse autonomamente in passato da ciascuna istituzione proponente, attraverso l'organizzazione congiunta di

seminari, convegni e attività di educazione alla legalità e alla cittadinanza attiva, che possano costituire un'occasione di confronto tra i giovani, le scuole, le famiglie e le istituzioni.

I protocolli con la SNA e con la SSM

Un altro importante accordo teso alla formazione sulla materia della prevenzione della corruzione è quello stipulato con la SNA nel mese di settembre 2014, dal momento che si inserisce nel quadro giuridico di cooperazione per la formazione comune della PA sui temi citati. Obiettivi della cooperazione alla base dell'accordo sono la formazione iniziale e permanente, tanto di livello generale quanto di livello specifico, lo sviluppo e il coordinamento dei programmi di ricerca in materia di anticorruzione per favorire la crescita delle competenze delle PA e dei relativi dipendenti.

Con le medesime finalità, nel mese di ottobre 2014, l'Autorità ha stipulato un accordo anche con la SSM per lo svolgimento di attività di formazione, ricerca e studio inerenti il contrasto alla corruzione nelle PA, di cui si parlerà anche nel capitolo 12.

Gli accordi e le interazioni con associazioni della società civile

Le interazioni dell'Autorità nel campo della promozione della cultura della legalità non si limitano alla definizione di accordi con soggetti pubblici ma estendono il loro raggio di azione alle associazioni private, e più in generale, si aprono a soggetti riconosciuti nella società civile e da anni impegnati nella lotta alla criminalità e nella difesa dei valori della legalità e della trasparenza. Ci si riferisce, in particolare, al protocollo con l'Associazione "Libera-Associazioni, nomi, numeri contro le mafie". L'intesa raggiunta con Libera, in via di formalizzazione, è finalizzata a stabilire un rapporto di collaborazione sia per promuovere la sensibilizzazione della società civile sui temi della legalità e dell'etica pubblica sia per diffondere le informazioni circa il corretto utilizzo degli strumenti messi a disposizione dei cittadini per segnalare condotte illecite. Tra gli ambiti di collaborazione più rilevanti si segnalano la promozione presso enti pubblici ed amministrazioni locali dell'applicazione della normativa in materia di trasparenza e prevenzione dei fenomeni corruttivi e la diffusione di una cultura corretta attorno sul nuovo istituto del c.d. "*whistleblowing*". Tra le iniziative in programma è ricompresa la possibilità di istituire la giornata contro la corruzione, da tenersi con cadenza annuale.

Transparency International

Nell'ambito delle relazioni instaurate con attori non governativi si segnala, in ultimo, quella con TI, l'organizzazione internazionale che si occupa della prevenzione della corruzione. Nel mese di dicembre 2014, nell'ambito della presentazione del *Corruption Perceptions Index* (IPC dall'acronimo italiano) e del servizio ALAC (*Advocacy and Legal Advice Centre*) - Allerta Anticorruzione di TI Italia, grazie al quale qualsiasi cittadino può segnalare fatti di corruzione, mantenendo l'assoluto anonimato, l'Autorità ha partecipato alla tavola rotonda con TI-Italia, Corte dei Conti e Procura di Milano, sulle procedure di gestione e soprattutto di trasmissione delle segnalazioni da parte della stessa TI-Italia alle autorità.

L'ANAC ha collaborato al progetto internazionale "*Engaging the EU Presidency*" ospitando presso la propria sede, il 16 marzo 2015, l'evento in cui TI-Italia ha presentato la valutazione finale della presidenza italiana dell'Unione Europea (UE) in merito alla trasparenza e all'impegno anti-corruzione e, in ultimo, ha preso parte alla giornata di "Formazione dei formatori qualificati" di TI-Italia, tenutasi a Roma il 9 e 10 aprile 2015, illustrando la prospettiva dell'Autorità in ambito di etica pubblica, integrità e prevenzione della corruzione, al fine di diffondere i valori comuni di ANAC e TI-Italia nella PA.

Capitolo 3

Le relazioni internazionali

La ratifica di importanti convenzioni internazionali[20], con la conseguente necessità di partecipazione a nuovi contesti istituzionali di cooperazione intergovernativa, ha ampliato nel tempo le responsabilità italiane in materia tanto di contrasto alla corruzione sul piano penale, quanto più in generale di diffusione della cultura della trasparenza e dell'integrità all'interno della PA.

L'Autorità è oggi associata a tali vaste responsabilità in virtù del disposto dell'art. 1, co. 1, della l. 190/2012, ove si dichiara di voler dare adempimento alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione e alla Convenzione europea contro la corruzione nel settore penale, anzitutto istituendo un'autorità indipendente capace di governare l'attività italiana nel settore implicato. L'ANAC, dunque, essendo preposta alla prevenzione della corruzione, deve contribuire al conseguimento dei fini che tali obblighi convenzionali stabiliscono a carico delle parti contraenti, anche tramite il coordinamento di ogni altro organo nazionale, come peraltro evidenziato nel capitolo precedente. Essa collabora, in particolare, all'adempimento dei compiti prefissati nell'art. 5 della Convenzione stipulata nel contesto delle Nazioni Unite, ove si richiede che le parti contraenti elaborino, applichino e perseguano politiche efficaci di prevenzione e sottopongano il proprio sistema nazionale di prevenzione a valutazioni periodiche per verificarne l'efficacia e l'adeguatezza, in un'ottica di collaborazione con gli altri contesti di cooperazione internazionale.

---

[20] Con la legge 3 agosto 2009, n. 114 (*Ratifica ed esecuzione dei seguenti Accordi: a) Accordo tra gli Stati membri dell'Unione europea relativo allo statuto dei militari e del personale civile […]*) è intervenuta l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite *against Corruption* (aperta alla firma a Merida il 9-11 dicembre 2003 ed entrata in vigore internazionalmente il 14 dicembre 2005); con leggi nn. 110 e 112/2012 (rispettivamente 28 giugno 2012, n. 110 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999*) e 28 giugno 2012, n. 112 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione civile sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 4 novembre 1999*)) si è provveduto nello stesso senso, in relazione rispettivamente, alla *Criminal Law Convention on Corruption* (aperta alla firma il 27 gennaio 1999 ed entrata in vigore internazionalmente il 1 luglio 2002) e alla *Civil Law Convention on Corruption* (aperta alla firma il 4 novembre 1999 ed entrata internazionalmente in vigore il 1 novembre 2003).

L'Autorità assolve a tali compiti mediante lo svolgimento di molteplici attività che vanno dalla partecipazione alle delegazioni governative italiane nelle istituzioni internazionali, alla tessitura di relazioni bi-plurilaterali con autorità omologhe o con autorità diplomatiche di Stati, o ancora alla compartecipazione in reti di cooperazione, anche con enti internazionali non governativi. Di seguito si intende dare conto del contributo specificamente fornito dall'ANAC nei diversi contesti segnalati, procedendo dal piano universale a quello regionale europeo, rappresentando, infine, la vasta rete di rapporti internazionali bilaterali di caratura governativa.

3.1 I rapporti con organizzazioni di livello universale

L'organizzazione delle Nazioni Unite

Prendendo le mosse dall'istituzione governativa internazionale per definizione universale, l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), si segnala in primo luogo che dal 2014 l'ANAC è accreditata come Autorità nazionale indipendente per il contrasto alla corruzione entro la *Directory* dell'*United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), sulla base dell'art. 6, co. 3, della Convenzione di Merida. La Convenzione vincola gli Stati aderenti al rispetto di quanto in essa stabilito relativamente all'adozione e all'esecuzione delle misure di tipo preventivo, all'introduzione di misure di natura repressiva, anche attraverso la previsione di nuove fattispecie di reato, alla cooperazione internazionale, al recupero dei beni di origine illecita, all'assistenza tecnica e allo scambio di informazioni. In questo contesto, l'Autorità partecipa nella delegazione italiana - presieduta dall'Autorità centrale designata ai sensi dell'art. 46 dell'UNCAC - ai lavori assembleari di Vienna che si tengono in due diverse sessioni ogni anno ed è chiamata a fornire il proprio contributo nell'ambito del processo di revisione delle norme convenzionali, identificando le *best practice* e le forme di cooperazione utili a fornire agli Stati parte dell'UNCAC l'assistenza tecnica eventualmente necessaria, nonché a tradurre il lavoro internazionale entro l'ordinamento italiano.

Nel quadro delineato, l'ANAC ha partecipato (nel mese di giugno 2014) alla quinta sessione del "Gruppo di lavoro" intitolato alla revisione dell'attuazione della Convenzione: in vista della conclusione del primo ciclo di revisione della sua applicazione nei Paesi aderenti e dell'avvio del secondo ciclo, sono state approfondite le criticità e le *best practice* rilevate nei diversi Stati, le possibili forme di semplificazione della procedura di

valutazione, le osservazioni e le proposte di alcune organizzazioni non governative (ONG) per migliorare l'applicazione delle norme convenzionali.

Il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale

Sempre a livello universale e nell'ambito della cooperazione giuridica istituzionale internazionale che va svolgendosi entro la c.d. "famiglia delle Nazioni Unite", l'ANAC è stata associata all'attività di contrasto alla corruzione nell'ambito della valutazione condotta dal Fondo Monetario Internazionale (FMI) (2014-2015) sul sistema italiano di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo (AML/CFT, *Anti-Money Laundering/Combating the Finance of Terrorism*).

A dicembre 2014 i rappresentanti del FMI sono stati ricevuti dal Consiglio dell'Autorità per uno scambio di opinioni sull'efficacia degli strumenti di prevenzione della corruzione e nel mese di gennaio 2015 l'ANAC ha interloquito con il *team* dei valutatori, per illustrare le proprie attività e competenze e il proprio contributo al contrasto delle condotte illecite.

L'Autorità partecipa, inoltre, al lavoro della Banca Mondiale nel sostegno alle politiche nazionali di *governance* e di contrasto alla corruzione. In merito a tale argomento, la Banca Mondiale ha sviluppato una politica di valutazione della trasparenza e della *good governance*[21], al fine di contribuire alla riduzione del rischio di attività illecite, anche attraverso l'individuazione di strumenti di misurazione della corruzione, della valutazione delle aree "a rischio" corruzione, di "*guidelines*" ed attività di supporto allo sviluppo di strategie dirette alla riduzione del fenomeno della corruzione e al rafforzamento delle istituzioni[22]. L'ANAC ha contribuito a siffatta attività rispondendo al questionario relativo al *Benchmarking Public Procurement 2016 Project*, volto a misurare i costi imposti al settore privato dalle norme e dalla regolazione in materia di contratti pubblici, integrità e trasparenza.

L'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economici

Di grande rilievo e assai variegati sono i rapporti instaurati dall'ANAC con l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economici (OCSE), nota al grande

[21] Sul concetto di *good governance*, si veda E. Brown Welss, A. Sornarajah, "*Good governance*", in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2008, vol. IV, p. 516 ss..

[22] Si veda, in proposito, N. Bonucci, "*The Fight Against Transnational Bribery: The Value of Collective Action Seen From an International Organization's Perspective*", in M. Pieth (ed.), "*Collective Action: Innovative Strategies to Prevent Corruption*", Zurich/St. Gallen, 2012, p. 67 ss..

pubblico anche per le azioni da tempo avviate per la repressione di specifiche forme corruttive, come la stipulazione della Convenzione del 1997 *on Combacting Bribery of Foreign Public Official in International Business Transactions*. Per contribuire all'attività di rilevazione di *best practice*, di valutazione dello stato di applicazione dei principi di integrità e di elaborazione di standard internazionali, l'Autorità ha partecipato ai lavori del *Meeting of the Leading Practitioners on Public Procurement* organizzato dall'OCSE (nel mese di giugno 2014), finalizzato ad analizzare le maggiori criticità legate all'implementazione, tra gli Stati aderenti, dell'istituto del *whistleblowing* (*Re-visiting Whistleblower Protection*) e per aggiornare la *Recommendation of the Council on Enhancing Integrity in Public Procurement* del 2008. Sempre nella prima metà del 2014 l'ANAC ha fornito il proprio contributo sui temi della prevenzione della corruzione e del controllo degli appalti pubblici alla "missione tecnica" di una delegazione dell'OCSE responsabile della preparazione dell'"*Economic Surveys - Italy* 2015".
Nel corso del 2014 l'ANAC e l'OCSE hanno anche stipulato un protocollo di intesa riferito alle attività di vigilanza e di controllo delle procedure contrattuali di Expo 2015, per il quale si rinvia al capitolo 6.
Nell'ambito dell'appuntamento *Integrity Forum* dell'OCSE, tenutosi nella giornata del 26 marzo 2015, il Presidente dell'ANAC ha tenuto un discorso nella sessione "Rafforzare la *governance* degli investimenti nelle infrastrutture" dedicata all'approfondimento dei progetti complessi, che coinvolgono cioè un gran numero di attori e significative somme di denaro e che possono, dunque, portare al manifestarsi di pratiche di corruzione, come nell'ambito degli appalti pubblici e del partenariato pubblico-privato. Nella sessione il Presidente dell'Autorità ha interloquito con manager e rappresentanti istituzionali internazionali impegnati nei settori della realizzazione di grandi infrastrutture, discutendo temi quali la prevenzione della corruzione e la promozione della trasparenza e dell'integrità nei grandi progetti infrastrutturali e per i grandi investimenti, l'importanza di una normativa di poche e chiare regole, procedure semplici e controlli mirati. A margine dei lavori del *forum*, il Presidente dell'ANAC ha inoltre incontrato il Segretario Generale dell'OCSE con il quale sono stati analizzati il contesto e gli scenari della prevenzione e contrasto della corruzione. I due esponenti istituzionali hanno concordato sull'utilità di proseguire la stretta cooperazione intrapresa negli ultimi mesi anche nell'ambito del protocollo di intesa tra ANAC e OCSE. Sui temi relativi alla prevenzione della corruzione e in merito ad una prima generalizzazione delle lezioni apprese nel corso della collaborazione si è discusso

nel convegno internazionale organizzato da ANAC e OCSE il 31 marzo 2015, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri a Roma, dal titolo "Promuovere l'integrità degli appalti pubblici per la realizzazione di grandi infrastrutture e grandi eventi. La vigilanza degli appalti pubblici di Expo Milano 2015".

Il G20

L'ANAC partecipa nell'ambito della delegazione italiana ai lavori del G20; ciò in quanto, a partire dal 2011, nel contesto internazionale di riferimento, si è assistito a una progressiva estensione dell'agenda a tematiche non economico-finanziarie, per le quali sono stati costituiti alcuni gruppi di lavoro *ad hoc* anche coinvolgendo nel dibattito diplomatico i temi del contrasto alla corruzione sul piano della prevenzione.

Le politiche anticorruzione dei 20 Paesi più industrializzati sono oggi seguite e valutate in seno all'*Anti Corruption Working Group* (ACWG), al quale è conferito il compito di fornire un contributo operativo alle azioni internazionali di lotta alla corruzione e di condividere il lavoro di questo *forum* con quello di altre organizzazioni internazionali governative, quali principalmente le Nazioni Unite e l'OCSE.

Nel corso del 2014 (anno di co-presidenza italiana del G20) l'Autorità ha fornito il proprio contributo ai lavori dell'ACWG G20, collaborando con altre istituzioni italiane alla stesura delle risposte al questionario di valutazione incentrato sui temi oggetto dell'*Action Plan 2013-2014*[23], che mirava a raccogliere informazioni sullo stato dell'arte delle norme e delle pratiche di prevenzione e contrasto della corruzione nei vari Paesi. Nella seconda metà del 2014 l'ANAC ha elaborato (sempre nell'ambito dell'ACWG G20) le proposte per il nuovo *Action Plan* 2015-2016 sui temi dell'anticorruzione, con particolare riferimento ai temi del *whistleblowing*, della formazione degli operatori dell'anticorruzione, degli *open data*[24] e della necessità di condurre una ricerca a livello internazionale per meglio conoscere il fenomeno corruttivo nei diversi Paesi.

[23] L'*Action Plan*, di orizzonte temporale biennale, contiene le proposte sui temi della corruzione elaborate in seno all'ACWG G20 e portate all'approvazione dei leader G20, al fine di orientare i lavori di approfondimento e di convergenza delle migliori norme e pratiche di prevenzione e repressione della corruzione entro gli Stati parte.

[24] Con il termine *open data* si intendono dati liberamente accessibili, riconducibili alla più ampia disciplina dell'*open government*, secondo cui la PA dovrebbe essere "aperta ai cittadini", tanto in termini di trasparenza quanto di partecipazione diretta al processo decisionale, anche attraverso il ricorso alle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Si segnala, inoltre, che il Presidente dell'ANAC è intervenuto nella sessione della riunione dell'ACWG G20 dedicata alle *Anti-Corruption Authorities*, confrontandosi con rappresentanti di autorità anticorruzione di altri Paesi del G20 e con esponenti dell'UNODC; inoltre, nel corso della conferenza internazionale G20/OCSE e della *Special Session on the Global Fight against Foreign Bribery*, il Presidente dell'ANAC ha dibattuto (tra gli altri, con il Presidente di TI e con il *Chief of Staff & Sherpa* G20 dell'OCSE) i temi della prevenzione della corruzione in Italia, il quadro normativo vigente, le criticità e le prospettive del sistema dell'anticorruzione, l'evoluzione del fenomeno corruttivo, il legame tra corruzione e criminalità organizzata, le tangenti internazionali.

L'Open Government Partnership

Sempre a livello universale, l'ANAC partecipa alla delegazione italiana che lavora nell'ambito dell' *Open Government Partnership* (OGP), organizzazione internazionale governativa costituitasi nel 2011 per iniziativa dei Governi di vari Paesi[25]. L'adesione a tale contesto di cooperazione internazionale avviene attraverso la condivisione dei principi elencati nell'*Open Government Declaration* e la preparazione di un *Action Plan* con il quale i Governi assumono l'impegno di collaborare con le organizzazioni rappresentative della società civile per realizzare riforme nel campo della trasparenza, della prevenzione della corruzione, della partecipazione civica, dell'utilizzo delle tecnologie per rendere la PA "aperta" ed efficace.

L'Italia (e con essa l'ANAC) ha contribuito alla preparazione di una prima strategia nazionale sull'*Open Government,* incentrata sugli *open data* e sulla digitalizzazione dei servizi delle PA. Successivamente, in occasione della conferenza annuale di alto livello dell'OGP svoltasi a Brasilia, l'Italia ha presentato il primo *Action Plan*, curato dal DPF in collaborazione con il Dipartimento per la digitalizzazione della pubblica amministrazione e l'innovazione tecnologica, il MIUR, il Ministero per la Coesione territoriale e l'ANAC stessa. Tale *Action Plan* è stato incentrato su iniziative per la trasparenza e l'integrità nella PA, la semplificazione e la digitalizzazione e sugli *open data.*

Il secondo *Action Plan* di *Open Goverment* 2014-2016, approvato nel mese di dicembre 2014, vede un ulteriore contributo dell'ANAC che, allo scopo di favorire il processo di

[25] In particolare, Brasile, Regno Unito, Stati Uniti, Indonesia, Messico, Norvegia, Filippine e Sudafrica. Agli otto Paesi fondatori si sono aggiunti, nel tempo, altri membri, fino al totale degli attuali 64 Stati, fra cui anche l'Italia.

adeguamento alle regole della trasparenza da parte delle amministrazioni e il conseguente innalzamento dei livelli di apertura e fruibilità dei propri dati all'esterno, ha presentato un'iniziativa, denominata "*trasPArenti +1*". Essa è finalizzata a promuovere e favorire la partecipazione attiva dei cittadini nell'azione di vigilanza condotta dall'Autorità, con il duplice scopo di diffondere l'utilizzo dell'istituto dell'accesso civico da parte delle PA e di intensificare gli sforzi di innalzamento della trasparenza intesa come accessibilità totale delle informazioni sui siti istituzionali delle amministrazioni. Per il raggiungimento dello scopo, l'Autorità ha pianificato un'attività di reingegnerizzazione e potenziamento della piattaforma web "Campagna trasparenza", realizzando al suo interno moduli aggiuntivi diretti a sensibilizzare il cittadino all'utilizzo dell'istituto dell'accesso civico.
È auspicio dell'Autorità che il "+1" dell'iniziativa cresca al fine di migliorare il buon funzionamento della PA italiana e di assicurare, quindi, l'efficace perseguimento delle *mission* istituzionali dei vari enti e il corretto utilizzo delle risorse pubbliche.

3.2 I rapporti con organizzazioni di livello europeo

Il Consiglio d'Europa

A livello regionale europeo, l'ANAC partecipa ai lavori che vanno svolgendosi sui temi della prevenzione della corruzione entro il Consiglio d'Europa.
Sulla base dei principi ispiratori, all'interno del Consiglio d'Europa si è provveduto alla stipulazione di convenzioni internazionali indirizzate a stabilire norme in tema di criminalizzazione delle condotte di corruzione (Convenzione "penale") e di rimedi giudiziari efficaci a favore delle persone danneggiate da siffatte condotte (Convenzione "civile"), nonché alla costituzione di un organo (il Gruppo di Stati contro la Corruzione - GRECO) incaricato di verificare l'adempimento da parte dei Paesi membri degli obblighi convenzionali di riferimento e di alcune raccomandazioni internazionali. La verifica in questione è attuata attraverso un processo di valutazione reciproca tra gli Stati che fanno parte dell'organo internazionale. Gli strumenti che costituiscono un parametro normativo alla luce del quale valutare l'adempimento degli Stati membri del GRECO sono, oltre alle due Convenzioni stipulate nell'ambito del Consiglio d'Europa[26], il protocollo addizionale alla Convenzione penale, la risoluzione *on the twenthy guiding principles for the fight against corruption,* n.(97)24, la raccomandazione n. R(2000)10 del Comitato dei Ministri *on codes of*

[26] Si veda, in proposito, la nota 21.

conduct for public officials (including a model code) e la raccomandazione Rec(2003)4 dello stesso Comitato *on common rules against corruption in the funding of political parties and electoral campaigns.*
Le valutazioni del GRECO sono effettuate mediante "cicli tematici" nei quali vengono identificate le eventuali carenze delle politiche, della legislazione e delle prassi messe in atto in ciascuno Stato partecipante, indirizzando ad esso raccomandazioni volte a stimolare le autorità nazionali all'osservanza dei principi e delle regole stabilite a livello internazionale europeo. Si tratta di un processo articolato che comprende la presentazione da parte di un gruppo di esperti costituito entro il GRECO di un *Evaluation Report*, che dà conto dello stato di (in)adempimento in ordine a specifiche problematiche messe sotto osservazione in ciascuno dei "cicli" di valutazione previsti.
Dopo l'adesione al GRECO, avvenuta nel 2007, l'Italia ha affrontato il primo e il secondo "ciclo" congiuntamente e, ad esito degli stessi, è stata invitata a porre in essere una serie di azioni tra cui, la predisposizione di meccanismi idonei per assicurare efficacia alle misure legislative per la lotta alla corruzione, l'istituzione di un programma per affrontare l'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari/la scadenza termini di prescrizione e il monitoraggio della corruzione nel settore privato. Il procedimento si è concluso con la decisione di *compliance* soddisfacente.
Il terzo "ciclo", invece, si è concluso con un basso livello di *compliance* e l'Italia è chiamata a riferire entro il 31 dicembre 2015 su vari temi tra i quali sono ricompresi la ratifica del protocollo aggiuntivo alla Convenzione penale, la modifica del regime della prescrizione, l'introduzione di un generale divieto di donazione di identità non nota a partito/candidato, l'abbassamento della soglia delle donazioni a fini di pubblicità, l'elaborazione di un approccio coordinato per la pubblicazione di informazioni su finanza dei partiti e campagne elettorali e la revisione delle sanzioni amministrative e penali esistenti in materia di finanziamento ai partiti.
Il 20 e il 21 aprile 2015 il Presidente dell'ANAC ha effettuato una visita al Consiglio d'Europa mirata da un lato alla valorizzazione del crescente impegno delle istituzioni italiane alla prevenzione e alla lotta della corruzione, dall'altro all'approfondimento delle iniziative promosse nel contesto del medesimo Consiglio per un efficace contrasto della corruzione sia all'interno dei singoli Stati aderenti, sia sul piano internazionale quando una vicenda corruttiva coinvolga più Paesi. Il Presidente è intervenuto nella Commissione Affari Politici dell'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in un'audizione sul

tema delle "*Élite* corrotte come una minaccia per la democrazia", discutendo le modalità con cui si formano, consolidano e interagiscono i gruppi economico-criminali e le *élites* corrotte, sull'evoluzione di tali modalità negli ultimi 20 anni e sulle misure per contrastarle.

L'Unione europea

L'ANAC è il naturale interlocutore dell'UE in relazione alle numerose questioni che, attenendo alla politica di prevenzione della corruzione[27], ricadono anche nell'ambito delle vaste e penetranti competenze dell'organizzazione europea di integrazione. In proposito, la Commissione europea è intervenuta con la comunicazione del 6 giugno 2011[28], in cui si propone la pubblicazione, con cadenza biennale, di relazioni utili a valutare lo stato della corruzione nell'UE. La prima di queste relazioni è stata adottata nel 2014[29], con lo scopo di promuovere una riflessione sui risultati delle politiche nazionali in materia e sulle *best practice* e di garantire una maggiore volontà politica nell'affrontare il fenomeno corruttivo. In tale contesto l'Autorità ha partecipato agli incontri organizzati dalla Commissione con le autorità italiane, per la condivisione di strategie e informazioni in vista appunto della redazione della prima relazione.

L'ANAC ha preso parte alle procedure di *audit* sull'attuazione delle *Country Specific Recommendations,* indirizzate dal Consiglio dell'Unione all'Italia e, a seguito di una proposta della Commissione (presentata alla Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione nell'aprile 2014), è stato avviato un partenariato informale con le competenti autorità italiane per lavorare congiuntamente a una strategia nazionale di riforma degli appalti pubblici che possa, con l'occasione del recepimento delle nuove direttive europee adottate nel 2014, individuare le principali criticità del sistema nazionale, formulando adeguate proposte correttive. Sempre in tema di appalti, nel luglio 2014, in concomitanza con il semestre di presidenza del Consiglio dell'Unione, l'Italia ha assunto (come già avvenuto per il periodo 2009-2011) la presidenza del *Public Procurement Network*, rete di cooperazione informale tra le autorità nazionali competenti per gli appalti pubblici, utile allo scambio di informazioni e di *best practice*.

---

[27] Doc. COM (2007) 317.

[28] Doc. COM (2011) 308.

[29] Doc. COM (2014) 38.

3.3 I rapporti bilaterali con gli altri Stati

Nell'ambito dei rapporti bilaterali con istituzioni ed enti pubblici e privati, occorre innanzitutto citare la collaborazione dell'ANAC con le autorità omologhe dei diversi Stati che si occupano di prevenzione e contrasto alla corruzione, con cui condivide approcci, metodologie e analisi del fenomeno. In questa prospettiva, l'Autorità si è adoperata per instaurare relazioni con le principali autorità nazionali in materia di prevenzione della corruzione, nel novero delle quali rientrano i rapporti e gli incontri con l'istituzione anticorruzione francese, il *Service General de Prévention de la Corruption*, ai fini della condivisione di materiale informativo e strategie in materia di anticorruzione.

In tale contesto rientrano le relazioni intessute con le delegazioni di Stati interessati a conoscere il sistema normativo e le prassi di prevenzione della corruzione in Italia, ad esempio con Uzbekistan, Kosovo, Montenegro, Romania, Turchia e Bulgaria, nonché ad avviare iniziative di formazione in materia, per esempio con Nigeria, Marocco e Tunisia. Proprio in Tunisia, il 9 e 10 giugno 2014, il Presidente dell'ANAC si è recato in missione per siglare un protocollo di intesa con il Ministero delle istanze costituzionali in merito alle attività di assistenza tecnica per la progettazione e l'implementazione del sistema di prevenzione della corruzione in Tunisia e di costituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione tunisina. Da questi contatti è nata una progettualità molto importante per l'Italia e per l'UE, secondo cui l'esperienza dell'ANAC potrebbe essere messa a disposizione di omologhe autorità straniere appartenenti all'area dei Balcani occidentali e del nord Africa al fine di costituire *network* virtuosi nell'attività di prevenzione della corruzione. In questo contesto si inserisce l'iniziativa relativa alla stipulazione di protocolli di reciproca cooperazione anche con Serbia, Montenegro, nonché Egitto e Tunisia.

Al riguardo, nel corso di una missione tenutasi il 19 e il 20 febbraio 2015 a Belgrado, il Presidente dell'Autorità ha incontrato il Primo Ministro serbo e altre figure istituzionali di vertice del Paese per discutere delle problematiche che la Serbia affronta nella prevenzione e nella lotta contro la corruzione e delle possibilità di miglioramento del sistema giudiziario serbo. In tale contesto, nelle settimane successive all'incontro è stato predisposto un protocollo di intesa tra l'ANAC e l'Agenzia Anticorruzione serba, da sottoscriversi in tempi brevi, che prevede modalità e contenuti della collaborazione, affinché nell'ambito delle rispettive competenze e in conformità con le leggi nazionali

promuovano e rafforzino la cooperazione attraverso lo scambio di informazioni e di esperienze nel campo della prevenzione della corruzione.

Sempre nell'ambito dei rapporti bilaterali finalizzati a sostenere il processo e i negoziati di adesione dei Paesi dell'area dei Balcani all'UE, va segnalata la visita del Presidente dell'Autorità in Montenegro del 17 e 18 marzo 2015. Per il Montenegro la collaborazione con l'Italia anche nel campo della prevenzione della corruzione risulta particolarmente preziosa non solo in vista del negoziato di adesione all'UE e del relativo programma di attuazione - nel corso del 2015 - delle riforme nel campo dello stato di diritto, ma anche per rendere operativa l'Agenzia anticorruzione a partire dal 1 gennaio 2016.

Sempre attraverso le missioni del Presidente, l'Autorità ha poi avuto interazioni ed incontri istituzionali con altri Paesi europei. Il 15 e 16 giugno 2015 il Presidente dell'ANAC ha partecipato a una serie di incontri istituzionali a Berlino, preceduti da una visita in Autorità di una delegazione dell'Assemblea Parlamentare del Land di Berlino, tenutasi l'11 maggio 2015 presso la sede dell'ANAC, nel corso della quale il Presidente ha illustrato le funzioni e le attività dell'Autorità e gli scenari di prevenzione della corruzione in Italia per il prossimo futuro.

In precedenza, il 4 marzo 2015, il Presidente dell'ANAC aveva partecipato, presso la *Stock Exchange* di Londra, ad una "conversazione" con l'economista Nouriel Roubini, promossa dalla *Roubini Global Economics*, sul tema dell'evoluzione del fenomeno corruttivo, delle sue implicazioni economiche e delle modalità per fronteggiarlo. In occasione della missione a Londra, il Presidente dell'ANAC ha poi incontrato i responsabili degli uffici inglesi che si occupano di contrasto alle frodi e alla criminalità per discutere e condividere le pratiche attuate in Italia e in Inghilterra in tali campi.

PARTE II

I contratti pubblici

Capitolo 4

Il contesto di riferimento

4.1 Gli ambiti di intervento dell'Autorità

Il presente capitolo si propone di fornire un quadro chiaro ed esaustivo del contesto di riferimento, illustrando i cambiamenti organizzativi che l'ANAC ha implementato per rispondere efficacemente alle evoluzioni normative intervenute e ricostruendo, al contempo, lo stato dell'arte del settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, così come delineatosi nel corso dell'anno 2014 e nei primi mesi del 2015.

Nella riconfigurazione del profilo istituzionale dell'Autorità, infatti, il d.l. 90/2014, oltre a mantenere le competenze in materia di vigilanza, indirizzo e regolazione, ha affidato all'ANAC nuove e importanti funzioni di controllo nel settore dei contratti pubblici.

Tra queste, come anticipato nell'introduzione, figurano i poteri, attribuiti al Presidente dell'Autorità, di alta sorveglianza sulle procedure di affidamento per la realizzazione di Expo 2015 (art. 30 del d.l. 90/2014) e di proposta al prefetto delle misure straordinarie di gestione dei contratti pubblici nei confronti delle imprese aggiudicatrici di appalti in presenza di situazioni sintomatiche di condotte illecite (art. 32 del d.l. 90/2014). Di tali poteri si parlerà nel capitolo 6.

Un'ulteriore importante competenza assegnata all'Autorità in considerazione dei ritardi e della lievitazione dei costi relativi alla realizzazione di molte opere pubbliche, concerne la vigilanza sulle varianti in corso d'opera connessa all'obbligo per le SA di comunicare all'ANAC le varianti di valore superiore al 10% dell'importo del contratto originario per gli appalti sopra la soglia comunitaria (art. 37 del d.l. 90/2014). Per questa attività, maggiori dettagli saranno forniti nel capitolo 5.

Come anticipato nell'introduzione, il mutato quadro istituzionale e le nuove competenze acquisite hanno imposto all'ANAC l'adozione di un nuovo modello organizzativo - definito con la delibera n. 143 del 30 settembre 2014 (da ultimo modificata con l'atto di organizzazione adottato lo scorso 28 aprile 2015 di "Integrazioni e modifiche all'atto di organizzazione delle aree e degli uffici dell'ANAC del 29 ottobre 2014") - più funzionale

alla nuova missione delineata dal legislatore. Ciò si è tradotto nella definizione di una struttura organizzativa più snella, che prevede oggi, in via transitoria e in attesa dell'approvazione definitiva del Piano di riordino, due aree funzionali, una dedicata alle attività di vigilanza, un'altra alle attività di regolazione, sotto il coordinamento del Segretario Generale. Al fine di garantire maggiore omogeneità nelle strategie di intervento, all'interno della prima area, le attività di vigilanza sui contratti pubblici sono demandate a due uffici, uno per il settore dei lavori ed uno per quello dei servizi e delle forniture, ai quali si aggiungono un ufficio dedicato alla vigilanza sulle varianti in corso d'opera, due uffici preposti alla vigilanza sul sistema di qualificazione e un ufficio sanzioni.

Alle due aree si affiancano poi una serie di strutture alle dirette dipendenze del Presidente, *in primis* l'Unità Operativa Speciale (UOS) per Expo 2015, alla quale sono affidate le attività di verifica poc'anzi citate, e altri uffici con il compito di definire le strategie e i piani di vigilanza dell'Autorità, i programmi e le attività ispettive, di gestire le attività consultive ed il precontenzioso. In relazione a queste ultime, l'ufficio competente costituisce un vero e proprio "presidio" giuridico in quanto cura l'elaborazione di pareri non solo in materia di precontenzioso e contratti pubblici ma, come si vedrà nel capitolo 10, anche in materia di prevenzione della corruzione, trasparenza, incompatibilità e inconferibilità di incarichi e conflitti di interesse.

In questa rinnovata veste, l'Autorità ha dato notevole impulso alla propria azione di vigilanza, indirizzo e regolazione delle SA nell'affidamento e nell'esecuzione contratti pubblici. Le azioni dell'Autorità si sono concretizzate innanzitutto nella rivisitazione di alcuni importanti regolamenti al fine di evolverli rispetto alla nuova *mission* istituzionale. Si segnalano, in particolare, l'approvazione del nuovo "Regolamento in materia di attività di vigilanza e di accertamenti ispettivi" e del "Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'art 8, comma 4, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Il nuovo assetto organizzativo e regolamentare ha permesso all'Autorità di garantire il rispetto del Codice mediante l'avvio di protocolli di vigilanza collaborativa (o anche protocolli di azione) con importanti SA, e di far emergere, attraverso istruttorie ed accertamenti ispettivi, il persistere di gravi disfunzioni nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, tanto nel settore dei lavori, soprattutto in relazione alla progettazione e alla realizzazione di importanti infrastrutture viarie e ferroviarie, quanto in

quello dei servizi e delle forniture, con particolare riferimento alle società a partecipazione mista pubblico-privato.

Anche l'attività consultiva e di composizione delle controversie, trattata nel capitolo 7, è stata rafforzata nell'ottica di prevenire o risolvere le controversie prima che le parti si rivolgano al giudice amministrativo. Proprio in merito a tale attività, si segnala l'adozione del regolamento del 14 gennaio 2015, "Modalità operative per l'esercizio della funzione consultiva di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e decreti attuativi e, in materia di appalti pubblici ai sensi dell'art. 3, comma 3 del 'Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163' ", volto a disciplinare l'esercizio dell'attività consultiva svolta dall'Autorità nella materia degli appalti pubblici al di fuori dei casi di precontenzioso, oltre all'attività consultiva per la soluzione di questioni interpretative e applicative poste dalla l. 190/2012 e dei relativi decreti attuativi.

L'istituto del precontenzioso è stato potenziato attraverso la rivisitazione del suo regolamento, avvenuta nel mese di settembre 2014. L'incremento sensibile del numero dei pareri rilasciati dall'Autorità nel 2014 rispetto al 2013, che si inserisce in un *trend* di crescita nell'ultimo triennio, è un segno evidente dell'attenzione sempre maggiore del sistema verso l'Autorità, visto come un soggetto in grado di intervenire efficacemente e tempestivamente nella composizione dei conflitti tra OE e SA. Come verrà illustrato nel capitolo 7, molteplici sono stati gli interventi dell'Autorità e tra questi si segnalano quelli in materia di suddivisione dei lotti, requisiti di partecipazione alle gare, nonché su istituti di particolare complessità quali il contratto di disponibilità e la finanza di progetto.

Alla vitalità della funzione consultiva si contrappone la forte crisi dell'arbitrato che, come si vedrà nel capitolo 8, a causa di molteplici fattori, è un istituto al quale le parti ricorrono sempre meno per risolvere le controversie in fase esecutiva.

Anche l'attività di regolazione, trattata nel capitolo 9, ha conosciuto un impulso significativo. Si sottolinea, preliminarmente, l'approvazione del nuovo regolamento per la partecipazione ai procedimenti regolatori dell'8 aprile 2015 "Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione", esteso anche alle materie della prevenzione della corruzione e della pubblicità e trasparenza delle PA. Analogamente, nel corso del 2015, sarà anche rivisto il regolamento

concernente le attività di analisi di impatto della regolazione (AIR) e verifica di impatto della regolazione (VIR).

Proprio sotto il profilo degli interventi regolatori, il 2014 è stato un anno particolarmente prolifico con l'approvazione di 15 atti tra determinazioni, linee guida, segnalazioni al Governo e al Parlamento e bandi-tipo, rispetto agli 11 del 2013 e ai sei del 2012. Come verrà illustrato nel capitolo 9, numerosi sono stati gli interventi regolatori sia di portata interpretativa sia relativi a specifici settori. L'attività di regolazione ha anche interessato l'elaborazione dei prezzi di riferimento che, attraverso l'evoluzione delle metodologie e delle tecniche statistiche, sta permettendo all'Autorità di indirizzare il mercato anche sotto il profilo del controllo dei prezzi di acquisto, contribuendo al perseguimento del più ampio obiettivo di eliminazione degli sprechi e di contenimento della spesa pubblica per beni e servizi.

Prima di entrare nel dettaglio delle attività svolte in relazione alle varie funzioni sopra richiamate, si forniscono di seguito alcuni dati sul sistema degli affidamenti dai quali si possono evincere alcune tendenze di fondo del mercato dei contratti pubblici ed alcune considerazioni in merito ad uno strumento posto a servizio degli operatori del settore, quale il sistema AVCPASS per la verifica *on line* dei requisiti di partecipazione alle gare.

4.2 Il mercato dei contratti pubblici

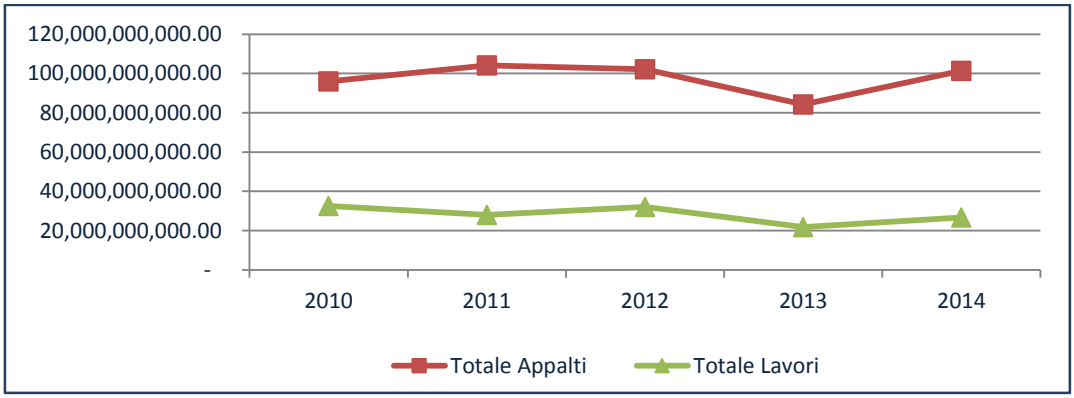
Nel 2014 il valore complessivo delle procedure di affidamento di importo pari o superiore a 40.000 euro in tutti i settori (ordinario e speciale) si è attestato attorno ai 101,4 miliardi di euro[30].

[30] Le analisi contenute all'interno del presente paragrafo sono state effettuate sulla base dei dati presenti nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) al mese di aprile 2015. Tutti i dati fanno riferimento alle procedure di affidamento (bandi e inviti di importo a base di gara pari o superiore a 40.000 euro) c.d. "perfezionate" per le quali cioè è stato pubblicato un bando (nel caso di procedure aperte) o è stata inviata una lettera di invito (nel caso di procedure ristrette o negoziate). Per questa ragione, l'analisi potrebbe non ricomprendere alcuni appalti, anche di grande importo, affidati tramite procedure ristrette che non risultano ancora perfezionate nella BDNCP. Occorre, inoltre, precisare che, per ragioni di omogeneità e rappresentatività, sono state escluse le procedure relative: ai bandi aventi ad oggetto servizi finanziari ed assicurativi, poiché per questi appalti le SA spesso indicano un importo che non può essere considerato quello effettivo dell'appalto; ai bandi che, pur presenti nel sistema di monitoraggio dell'ANAC, non rientrano tra i contratti pubblici "classici" (scelta del socio privato nella società mista, affidamento diretto a società *in house*, affidamento diretto a società raggruppate/consorziate o controllate nelle concessioni di lavori pubblici); ai bandi relativi ad adesioni a convenzioni/accordi quadro, in quanto la loro inclusione nell'insieme di analisi, considerando la contemporanea presenza dei bandi "a monte" per la stipula di convenzioni/accordi quadro, produrrebbe una duplicazione degli importi; ai bandi che risultano essere stati annullati, cancellati o andati deserti.

Il dato mostra una sensibile ripresa del mercato dopo la contrazione registrata nel 2012 e il "picco" negativo del 2013 che ha visto la domanda complessiva attestarsi su un valore di poco superiore agli 84 miliardi di euro.

A tale incremento contribuiscono, tuttavia, alcune procedure di importo molto rilevante, tra le quali sono ricompresi tre appalti sospesi negli anni precedenti e riattivati proprio nel 2014[31]; se infatti al valore complessivo delle procedure di affidamento per il 2014 si sottrae il valore dei tre appalti, pari a 7.766.726.487 euro, la percentuale di crescita rispetto all'anno precedente passa dal 20% all'11%.

Figura 4.1 Valore complessivo a base di gara delle procedure di affidamento
(bandi e inviti di importo superiore a 40.000 euro, settore ordinario e speciale, anni 2010-2014)



Fonte: ANAC

Un dato significativo che emerge dalla figura 4.2 è il contributo fornito alla ripresa della domanda dagli appalti di servizi (+35%) e di lavori (+12%).

Pur essendo in miglioramento, il settore dei lavori pubblici, che nel 2014 si assesta attorno ai 26,6 miliardi di euro, è ancora lontano dai valori del 2012 (circa 32,1 miliardi di euro) e dal massimo del quinquennio registrato nel 2010 (35,2 miliardi di euro).

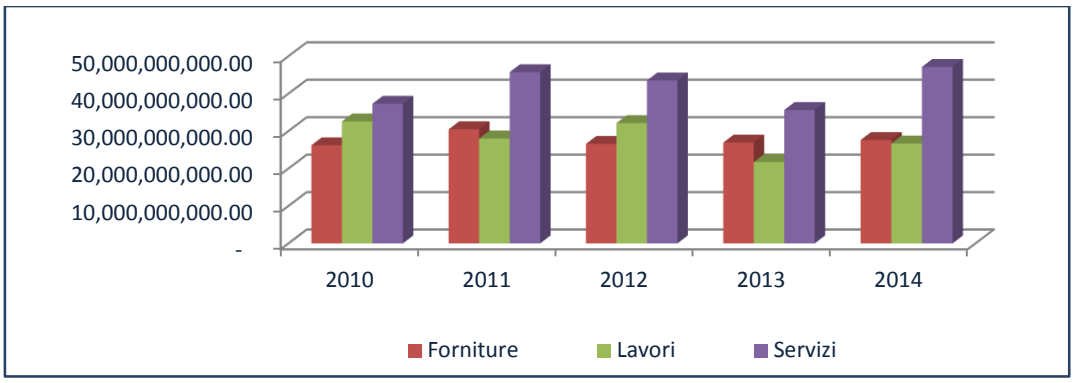
Il settore delle forniture risulta, invece, relativamente stabile nel triennio 2012-2014, anche se, confrontato con il "picco" positivo registrato del 2011 (30,4 miliardi di euro circa), il valore è inferiore di circa dieci punti percentuali.

Il comparto decisamente in espansione è quello dei servizi. Nel 2014 i contratti pubblici attinenti a servizi di varia natura ammontano a poco più di 47 miliardi di euro - massimo registrato degli ultimi cinque anni - e assorbono quasi la metà del valore complessivo dei contratti (46%). I servizi hanno recuperato quanto perduto nel biennio 2012-2013 ed

[31] In merito, si precisa che la data di riferimento è quella di pubblicazione che risulta dal sistema SIMOG.

hanno addirittura superato (del 3%) il picco del quinquennio 2010-2014 di 45,7 miliardi di euro raggiunto nel 2010.

Figura 4.2 Valore complessivo a base di gara delle procedure di affidamento per settore (bandi e inviti di importo superiore a 40.000 euro, settore ordinario e speciale, anni 2010-2014)



Fonte: ANAC

A trainare l'incremento della domanda di contratti rispetto al 2013 sono gli appalti di grandi dimensioni. La tabella 4.1 evidenzia infatti, da un lato, un calo complessivo medio (-5% circa) del numero delle procedure rispetto al 2013, che - per il settore ordinario - interessa soprattutto le gare di importo compreso tra 40.000 e 150.000 euro (-11%) e quelle della fascia compresa tra 5.000.000 euro e 25.000.000 euro (-2,5%) e, dall'altro, un aumento delle procedure relative agli appalti di importo superiore a 25.000.000 euro, che crescono di circa il 16% in numero e di quasi il 65% in valore.

Come sempre, nel quadro complessivo pesano di più i settori ordinari, i quali assorbono circa l'83% del numero delle procedure e il 76% dell'importo complessivo della domanda; tuttavia il maggior incremento del valore degli appalti nel 2014 rispetto al 2013 si registra proprio nei settori speciali (77% contro il 65% circa dei settori ordinari).

Un altro dato di rilievo è il calo del numero delle procedure (come anticipato, in media pari a circa -5%), interessa per lo più gli acquisti di beni e servizi nei settori ordinari (rispettivamente -11% e -10%), con le forniture in calo anche in termini di valore (-1,4% circa).

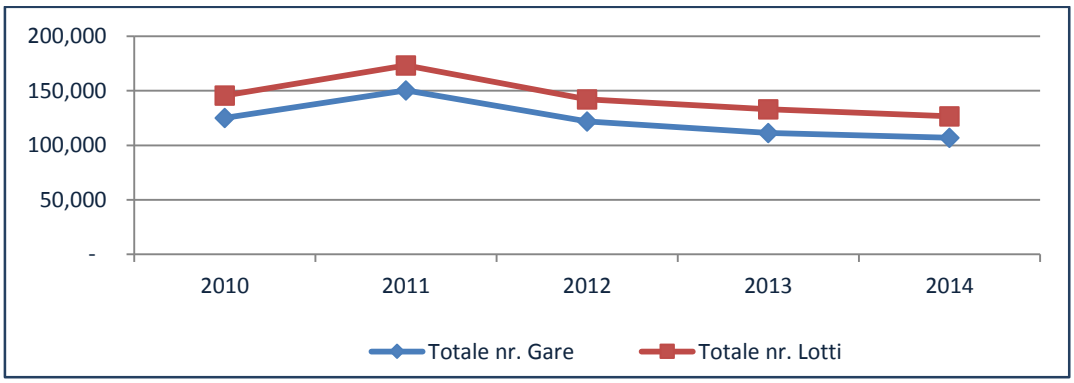
Tabella 4.1 Distribuzione delle procedure di affidamento per classi di importo
(settori ordinario e speciale, anni 2013-2014)

Settore	Fascia di importo	Totale CIG perfezionati			Importo complessivo		
		2013	2014	Δ	2013 (valore in euro)	2014 (valore in euro)	Δ
Ordinario	≥ € 40.000 ≤ € 150.000	65.783	58.417	-11,20%	5.353.001.097	4.828.684.116	-9,79%
	> € 150.000 ≤ € 1.000.000	37.075	37.831	2,04%	13.007.482.480	13.374.963.582	2,83%
	> € 1.000.000 ≤ € 5.000.000	6.921	6.908	-0,19%	14.542.900.366	14.509.535.584	-0,23%
	> € 5.000.000 ≤ € 25.000.000	1.435	1.399	-2,51%	14.228.386.972	13.788.913.827	-3,09%
	> € 25.000.000	247	287	16,19%	18.427.811.842	30.395.776.464	64,95%
Speciale	≥ € 40.000 ≤ € 150.000	11.892	11.422	-3,95%	978.710.494	930.992.953	-4,88%
	> € 150.000 ≤ € 1.000.000	7.418	7.814	5,34%	2.798.212.996	2.984.466.540	6,66%
	> € 1.000.000 ≤ € 5.000.000	1.785	1.948	9,13%	3.926.184.367	4.365.089.382	11,18%
	> € 5.000.000 ≤ € 25.000.000	489	567	15,95%	5.145.070.369	5.805.404.162	12,83%
	> € 25.000.000	85	114	34,12%	5.874.900.564	10.417.664.148	77,32%
	Totale generale	**133.130**	**126.707**	**-4,82%**	**84.282.661.547**	**101.401.490.758**	**20,31%**

Fonte: ANAC

Lo spostamento della distribuzione delle procedure verso gli appalti di grandi dimensioni si ritrova anche nella dinamica dei lotti: la tendenziale discesa del numero delle procedure dal 2011 trascina, con sé, in modo perfettamente parallelo, il numero dei lotti - come rappresentato nella figura 4.3. Nel 2014, infatti, il numero totale dei lotti (126.707) è circa il 73% di quelli del 2011 (pari a 173.276).

Figura 4.3 Andamento del numero delle procedure e dei lotti
(procedure di importo superiore a 40.000 euro, settori ordinario e speciale, anni 2010-2014)



Fonte: ANAC

La figura 4.4 mostra un tendenziale aumento del numero medio di lotti per gara, tuttavia la crescita appare contenuta. Dal 2011 al 2014 il valore è passato da 1,15 a 1,84,

registrando un incremento del 2,6%. A tal proposito, è doveroso ricordare che alla fine del 2011 è entrata in vigore la prima formulazione del co. 1-*bis*[32], dell'art. 2 del Codice, che prevedeva espressamente la possibilità, qualora ritenuto economicamente conveniente dalla SA, di suddividere gli appalti in lotti funzionali al fine di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese (PMI). Anche alla luce degli orientamenti espressi a livello comunitario, il legislatore ha voluto poi rafforzare il *favor* per le PMI fino a prevedere l'obbligo di motivazione per la mancata suddivisione in lotti dell'appalto, che figura nella versione del citato co. 1-*bis* attualmente in vigore.

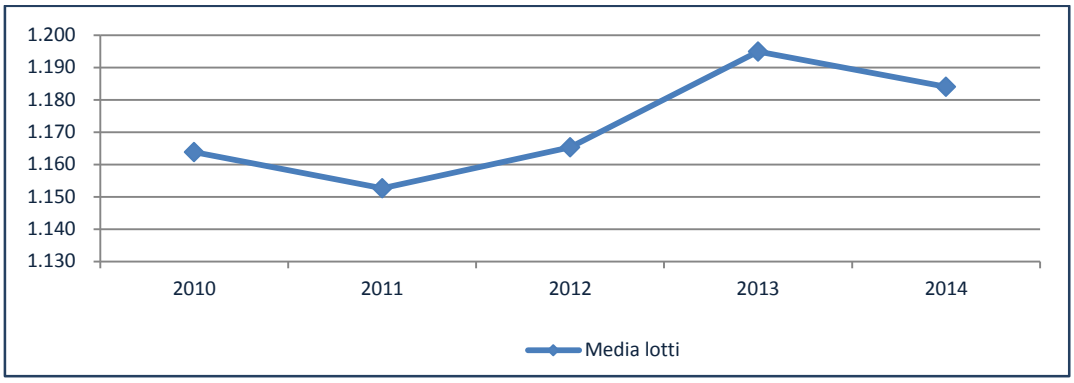
Benché il dato complessivo non sia del tutto rappresentativo dell'andamento del fenomeno, in quanto la possibilità di pervenire ad una suddivisione in lotti efficiente sia sotto il profilo funzionale sia sotto il profilo del livello di concorrenza in gara dipende dalla natura dell'appalto (è noto, ad esempio, che questa è la prassi in molte tipologie di forniture sanitarie, quali quelle farmaceutiche), è presumibile che a livello di sistema si sia registrato un aumento dei lotti al di sotto delle attese del legislatore e delle imprese.

Ciò tanto più alla luce del dato che emerge dalla figura 4.5, secondo cui nello stesso quadriennio 2011-2014 il valore medio dei lotti è passato da circa 601.000 euro a 800.300 euro con un incremento del 33%, nonostante la riduzione del numero medio di lotti per gara registrata nel 2014 rispetto al 2013. Per quanto riguarda il biennio 2013-2014, tale ultimo dato è coerente con i risultati sopra illustrati, che vedono la riduzione del numero delle procedure di affidamento associarsi ad un maggior valore complessivo posto a base di gara, per effetto soprattutto di appalti banditi da centrali di committenza e SA di grandi dimensioni.

---

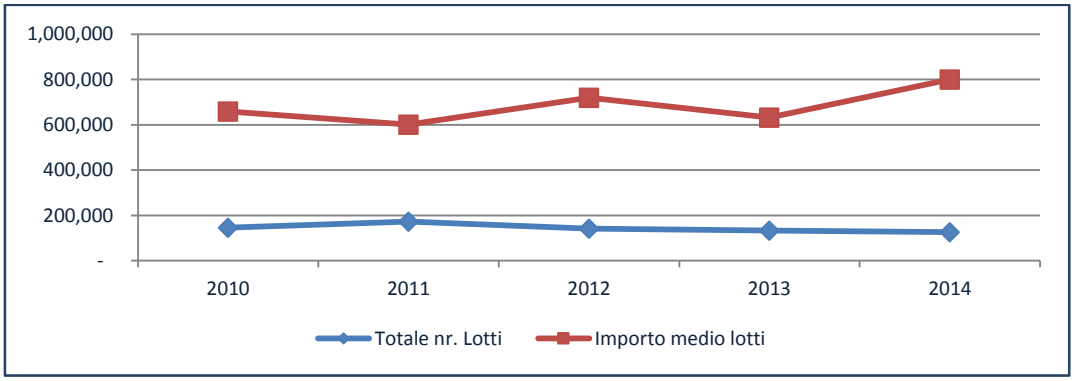
[32] Il citato co. 1-*bis*, è stato introdotto dall'art. 44, co. 7, della l. 214/2011, entrata in vigore il 27 dicembre 2011, che recitava come segue: «Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali». A seguito di alcune modifiche, prima ad opera dell'art. 1, co. 2, legge 7 agosto 2012, n. 135 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, recante disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*) e poi dall'art. 26-*bis*, co. 1, della legge 9 agosto 2013, n. 98 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*), il comma è stato così modificato: «Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese».

Figura 4.4 Dinamica del numero medio di lotti per gara
(procedure di importo superiore a 40.000 euro, settori ordinario e speciale, anni 2010-2014)



Fonte: ANAC

Figura 4.5 Dinamica del numero totale dei lotti e del loro importo medio
(procedure di importo superiore a 40.000 euro, anni 2010-2014)



Fonte: ANAC

In merito alle modalità di scelta del contraente, nel 2014 la procedura aperta si conferma il sistema con cui si affida il maggior valore dei contratti pubblici (circa il 48%), seguono le procedure negoziate, con e senza bando (nel complesso pari al 31%) e le procedure ristrette (11%). Al contempo, con la procedura aperta continua ad essere assegnato poco più del 23% del numero delle procedure, mentre nel 37% dei casi si adotta una procedura negoziata (con o senza bando) e nel 28% si ricorre all'affidamento in economia.

Focalizzando l'attenzione sui settori ordinari, rispetto al 2013, si registra una riduzione di tutte le tipologie di procedure, ad eccezione della categoria "altre procedure" (in crescita di oltre l'8%) nella quale rientrano sistemi di selezione dell'affidatario utilizzati per appalti particolarmente rilevanti o complessi quali il sistema dinamico di acquisizione e il dialogo competitivo. A fronte della generalizzata contrazione in termini di numero, si osserva un aumento del valore di tutte le procedure ad eccezione degli acquisti in economia, che si

riducono fortemente anche in ragione della diminuzione dei contratti di importo compreso tra 40.000 e 150.000 euro, come evidenziato dalla tabella 4.2. In particolare, rileva il dato di un aumento di circa il 20% medio delle procedure negoziate, con le negoziate senza bando che crescono di poco meno del 7% e le negoziate con bando che registrano una crescita pari a oltre il doppio rispetto al 2013. In realtà, però, tale incremento (di circa il 112%) nei settori ordinari per l'anno 2014 sarebbe da considerarsi al netto del valore della singola procedura di scelta (dello stesso tipo) avviata nel 2012 e perfezionata soltanto nel 2014; operando in tale direzione, il valore reale dell'incremento non è del 112% ma si attesta su circa la metà.

Se si considera che, ai sensi dell'art. 56 del Codice, una fattispecie rilevante per l'utilizzo di una procedura negoziata con bando è l'irregolarità o l'inammissibilità dei requisiti degli offerenti o delle offerte in esito di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, il dato sull'aumento consistente delle negoziazioni previa pubblicazione di un bando potrebbe essere spiegato anche in termini di difficoltà riscontrate dalle SA ad affidare, con le procedure ordinarie, contratti particolarmente complessi o di importo elevato alle condizioni tecnico-economiche inizialmente fissate. Potrebbero aver concorso, nel merito, le spinte del legislatore al contenimento delle spese e per il rispetto delle quali le condizioni della domanda del committente, espresse dalle basi d'asta e dalle caratteristiche tecnico-qualitative dei beni e dei servizi richiesti, non hanno trovato un riscontro dal lato dell'offerta.

Tabella 4.2 Distribuzione delle procedure di affidamento per modalità di scelta del contraente (settore ordinario e speciale, anni 2013-2014)

Settore	Modalità di scelta del contraente	Totale CIG perfezionati			Importo complessivo		
		2013	2014	Δ	2013 (valore in euro)	2014 (valore in euro)	Δ
Ordinario	Procedura aperta	29.186	27.887	-4,45%	36.408.955.682	42.350.608.644	16,32%
	Procedura ristretta	3.189	3.002	-5,86%	5.921.326.089	8.950.141.299	51,15%
	Procedura negoziata previa pubblicazione del bando	2.535	2.519	-0,63%	2.011.023.101	4.270.710.926	112,37%
	Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando	37.359	36.891	-1,25%	14.019.067.553	14.942.473.795	6,59%
	Affidamenti in economia(diretto, cottimo fiduciario)	36.777	31.920	-13,21%	5.449.701.011	4.504.293.843	-17,35%
	Altro (dialogo competitivo, sistema dinamico d'acquisizione, ecc.)	2.415	2.623	8,61%	1.749.509.321	1.879.645.066	7,44%
Speciale	Procedura aperta	1.646	2.073	25,94%	4.295.548.083	6.340.654.277	47,61%
	Procedura ristretta	905	1.016	12,27%	2.247.050.183	2.399.596.748	6,79%
	Procedura negoziata previa pubblicazione del bando	1.641	1.738	5,91%	3.940.079.001	4.881.474.639	23,89%
	Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando	6.243	6.257	0,22%	5.275.964.651	7.766.354.619	47,20%
	Affidamenti in economia(diretto, cottimo fiduciario)	4.344	3.978	-8,43%	661.191.831	565.364.143	-14,49%
	Altro (dialogo competitivo, sistema dinamico d'acquisizione, ecc.)	6.890	6.803	-1,26%	2.303.245.040	2.550.172.758	10,72%
	Totale generale	**133.130**	**126.707**	**-4,82%**	**84.282.661.546**	**101.401.490.757**	**20,31%**

Fonte: ANAC

In conclusione, i dati sulla domanda dei contratti pubblici mostrano una riduzione generalizzata del numero delle procedure di affidamento, in special modo di quelle di importo inferiore alle soglie comunitarie, e un aumento del loro valore soprattutto per effetto di alcuni appalti di importo particolarmente elevato.

La riduzione degli affidamenti e l'aumento dei valori a base di gara non sembrano essere accompagnati da un incremento significativo del numero dei lotti. Di conseguenza, le minori procedure bandite dalle SA hanno ad oggetto lotti di importo mediamente più elevato, che hanno raggiunto nel 2014 il valore medio più alto degli ultimi cinque anni.

Il contesto generale, quindi, non sembra favorevole alla partecipazione delle PMI al mercato degli appalti pubblici.

Sotto il profilo delle modalità di affidamento, benché oltre il 58% del valore dei contratti in tutti i settori sia affidato con procedure ordinarie (aperte o ristrette), sostanzialmente in linea con il dato del 2013, di poco superiore al 59%, rimane significativa la quota (31%) affidata con procedura negoziata.

4.3 I servizi per il mercato: il sistema AVCPASS

L'art. 6-*bis* del Codice ha stabilito che i soggetti pubblici e privati che detengono dati e documentazione relativi ai requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario sono tenuti a metterli a disposizione dell'ANAC (allora AVCP), cosicché le SA e gli enti aggiudicatori siano in grado di verificare il possesso dei medesimi requisiti esclusivamente tramite la BDNCP.

Per rispondere al dettato normativo e per permettere, dunque, di rendere disponibili ad SA ed enti aggiudicatori la documentazione di interesse per la verifica dei requisiti di partecipazione alle procedure di gara, nella seconda metà del 2012 è stato realizzato il sistema AVCPASS. Gli interventi che hanno portato alla realizzazione del sistema, sono stati molteplici e sono rientrati nell'ambito di un complesso programma che ha visto, tra gli altri, lo sviluppo delle sue componenti principali, quali quelle destinate:

- alle SA, per permettere la ricezione, la ricerca e la visualizzazione di documenti;
- agli OE per consentire la trasmissione dei documenti non già nelle disponibilità delle PA e la conservazione degli stessi in un apposito fascicolo virtuale al quale attingere in occasione delle diverse procedure cui intendono partecipare;
- al dialogo ed allo scambio di documenti con gli EC, in virtù dei diversi protocolli di intesa stilati con le diverse amministrazioni e dei singoli servizi di cooperazione applicativa implementati, come descritto nel capitolo 2.

Il sistema, come noto, è stato realizzato con l'intento di assicurare, a regime, una serie di vantaggi derivanti dalla centralizzazione e dalla digitalizzazione della documentazione utilizzata in sede di gara, in particolare, dalla semplificazione e dalla riduzione dei tempi di verifica dei requisiti.

Contrariamente a quanto sperato, però, i risultati conseguiti sono stati deludenti, sia perché il sistema ha necessitato una serie di adeguamenti ed evoluzioni (la norma è entrata in vigore il 7 aprile 2012 prevedendo un regime di obbligatorietà già dal 1 gennaio 2013), sia perché - in diverse circostanze - è stata erroneamente interpretata la *ratio* di

riferimento; ci limitiamo, in questa sede, a riportare le fattispecie di maggiore interesse. Relativamente alle valutazioni sul contenuto della documentazione recuperata/ricevuta, il sistema non si sostituisce alla SA e non fornisce, dunque, alcuna indicazione di merito per stabilire se il requisito in esame sia effettivamente posseduto dal concorrente o meno. Anche con riferimento alle modalità e ai tempi in cui la verifica dei requisiti o l'intera procedura di gara viene espletata, il sistema non può (e non deve) sostituirsi, in alcun modo, alla SA: *in primis* perché l'attuale quadro normativo prevede che sia la SA ad effettuare la verifica dei requisiti (e non l'Autorità per mezzo di un suo sistema) ed inoltre perché le valutazioni di merito che determinano l'ammissibilità o meno di un concorrente alla procedura di gara sono spesso dipendenti dal contesto stesso della gara e un sistema automatizzato, quale AVCPASS, non è in grado di effettuare questo tipo di valutazioni (ad esempio, stabilire se alcuni degli eventuali reati commessi dall'amministratore di un'azienda possano influire sull'ammissibilità dell'impresa o meno). In relazione alla semplificazione ed alla riduzione dei tempi delle richieste di atti e documenti, eventuali ritardi e/o impossibilità nel recupero degli stessi presso gli EC non sono imputabili a malfunzionamenti del sistema, ma piuttosto riflettono le complessità insite nell'interazione con gli enti che fanno parte del processo, nonché tutte le difficoltà di recuperarli presso gli interessati (il sistema si limita, in tal senso, ad implementare automatismi per semplificare alla SA l'onere della richiesta dei documenti medesimi, senza però la possibilità di interferire in alcun modo sui tempi di disponibilità degli stessi).

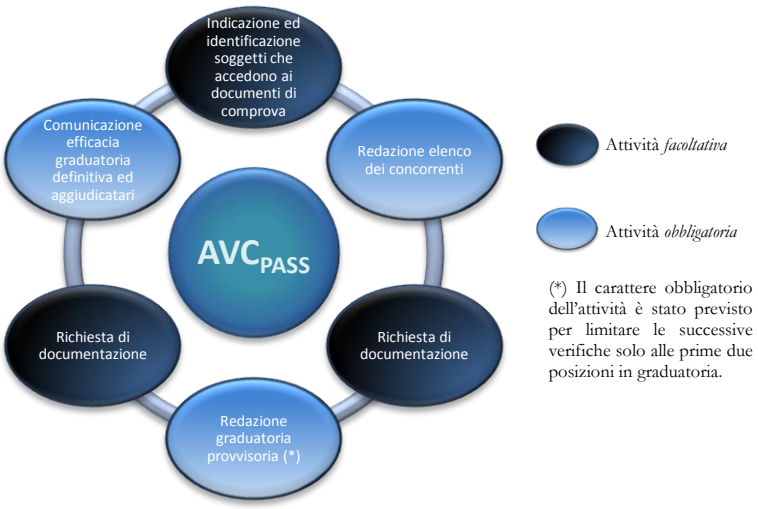
Ad aggravare la complessità del sistema hanno inciso pesantemente i vincoli imposti dal *Codice sulla tutela dei dati personali*[33] ed alcune prescrizioni fondamentali che hanno "ingessato" pesantemente il processo. È il caso, ad esempio, degli obblighi di identificazione dei diversi soggetti che interagiscono con il sistema (ad esempio, soggetto richiedente e soggetto verificato), della caratteristica di pertinenza e non eccedenza che le richieste di documentazione formulate attraverso il sistema devono necessariamente possedere, nonché dell'obbligo di tracciatura delle attività effettuate dagli utenti. Particolare attenzione va posta all'art. 8, co. 1, della deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012 con le modificazioni assunte nelle adunanze dell'8 maggio e del 5 giugno 2013, che recita l'«Autorità tratta i dati acquisiti nell'ambito del sistema AVCPASS per le finalità di cui

[33] La qualità e la sicurezza del trattamento delle informazioni da parte dell'Autorità è assimilabile a quella del titolare del procedimento, giacché tutte le informazioni di carattere personale transitano e stazionano sui sistemi dell'Autorità.

all'art. 6-*bis* del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e nel rispetto dei criteri di pertinenza e non eccedenza». A causa di tale vincolo è, di fatto, impedita l'azione di vigilanza nel merito del procedimento di verifica dei requisiti e, in ogni caso, l'uso a fini di vigilanza della documentazione acquisita nella BDNCP. Peraltro, detta documentazione va distrutta da parte dell'Autorità una volta esaurite le finalità del trattamento, formalmente con l'aggiudicazione definitiva efficace della procedura nell'ambito della quale è stata utilizzata. In realtà la documentazione viene trattenuta per ulteriori 64 giorni (art. 4, co. 9 e 10, della delibera) ma solo per garantire alla SA l'acquisizione nei propri archivi. In termini pratici, il rispetto dei requisiti di cui sopra si è tradotto in un considerevole impatto sulla complessità delle interfacce rivolte a SA e OE e sugli oneri richiesti a queste due tipologie di utenza. Per individuare i concorrenti e determinare la pertinenza delle richieste, infatti, il sistema deve implementare tutto il flusso di una gara, dal momento della presentazione delle offerte fino alla efficacia della graduatoria definitiva, richiedendo alla SA una serie di attività, come anche riportato nella figura successiva.

Agli OE, oltre alla produzione della documentazione di competenza, è richiesta la produzione di un c.d. "Pass" (o anche "Pass OE"), necessario alla successiva identificazione del concorrente nel momento della partecipazione alla gara anche nella sua eventuale forma complessa (tutti i soggetti che compongo un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), un consorzio, i rapporti di avvalimento, ecc.).

Figura 4.6 Il processo di funzionamento



Fonte: ANAC

Con specifico riferimento ai problemi di interazione con gli EC, la BDNCP non è, e non può essere, immediatamente in possesso della gran parte dei documenti richiesti dalle SA: anche in considerazione dei citati vincoli in materia di trattamento dei dati personali, infatti, la gran parte dei documenti di cui le SA necessitano per la verifica dei requisiti di cui agli artt. 38 e 48 del Codice, non può essere acquisita aprioristicamente, né può essere mantenuta nel tempo.

Salvo rare eccezioni (ad esempio il bilancio), tutta la documentazione utile al procedimento di comprova dei requisiti è soggetta ad un tasso di volatilità che ne impone un frequente aggiornamento (si pensi ad esempio alla regolarità fiscale o contributiva). Sulla base dei dati disponibili sui contratti di importo superiore a 40.000 euro, è possibile stimare che il numero complessivo di singole verifiche su imprese da supportare si attesti poco sopra le 600.000 unità, per un volume di documenti da trattare nell'ordine dei 10 milioni annui. Sotto queste ipotesi l'unica strada percorribile è il ricorso agli standard di cooperazione applicativa per realizzare il colloquio automatizzato tra i sistemi dell'Autorità e quelli dei soggetti pubblici e privati in grado di supportare flussi automatici di interrogazione e produzione dei documenti. Il miglioramento della percentuale di successo nella richiesta di documenti, ha richiesto un continuo lavoro di integrazione con gli EC e di evoluzione dei servizi di cooperazione di AVC_{PASS}. Allo stato attuale, tuttavia, rimangono irrisolti diversi problemi che compromettono il recupero di alcuni dei documenti trattati, ribaltando sul sistema dell'Autorità problematiche che in realtà dipendono dalle complesse interazioni previste. Con riferimento alle attività effettuate sul sistema dalle due tipologie di utenza, si riportano di seguito, nelle tabelle 4.3 e 4.4, alcuni dati di interesse rispettivamente per SA e OE; dall'analisi degli stessi emerge un esiguo livello di utilizzo della procedura da parte delle SA, che si attesta su circa l'11% rispetto all'atteso (17.406 CIG con almeno un Pass acquisito a fronte di 154.126 potenzialmente ricadenti nel perimetro); il dato è confermato anche dal confronto tra i Pass generati dagli OE e quelli effettivamente acquisiti dalle SA, a conferma che il grado di "accettazione" della procedura da parte degli OE è più alto rispetto a quello delle SA.

Tabella 4.3 Attività registrata da utente SA. Dati aggiornati al 31 marzo 2015

Amministrazione	Numero
SA distinte che hanno inserito a sistema i requisiti di partecipazione	13.507
Numero di CIG censiti con requisiti di partecipazione	155.094
Numero di CIG per i quali è stato nominato un incaricato delle verifiche su AVC_{PASS}	24.320
Richieste di singoli documenti a comprova	252.322
Numero di CIG in regime di obbligatorietà	194.883
Numero di CIG in regime di obbligatorietà perfezionati con termine di scadenza per la presentazione delle offerte decorso (*)	154.126

(*) Il dato ricomprende le procedure gestite interamente attraverso sistemi telematici (escluse dall'obbligo in virtù del disposto della delibera 111/2012) che impattano, comunque, in maniera residuale sul totale

Fonte: ANAC

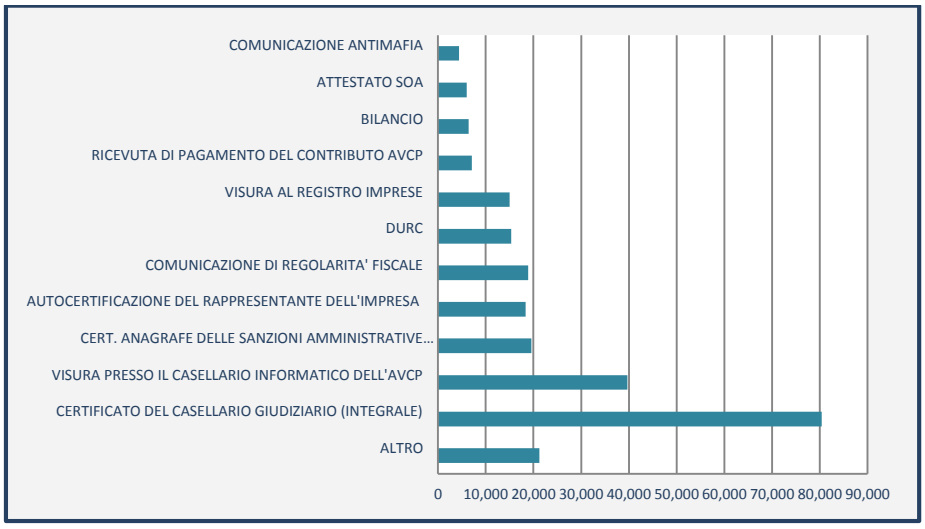
Figura 4.4 Attività registrata da utente OE. Dati aggiornati al 31 marzo 2015

Amministrazione	Numero
Numero di utenti che hanno chiesto l'accesso in qualità di legale rappresentante OE *di cui attualmente abilitati*	67.024 *56.737*
OE distinti che hanno generato almeno un Pass	46.141
Totale Pass generati da OE	391.809
Documenti caricati da OE	70.445
Totale Pass acquisiti da SA	163.642
Numero di CIG per i quali è stato generato almeno un Pass	56.809
Numero di CIG con almeno un Pass acquisito	17.406

Fonte: ANAC

Relativamente ai documenti richiesti attraverso i servizi di cooperazione implementati, è da sottolineare che l'alta richiesta di certificati del Casellario integrale (rispetto agli altri documenti dell'art. 38 del Codice) trova giustificazione nella necessità di sottoporre a verifica più soggetti nell'ambito dell'impresa. Inoltre, la bassa incidenza di richieste di comunicazioni antimafia è da attribuirsi al fatto che il servizio è disponibile solo dallo scorso dicembre e, per di più, rispetto a un numero limitato di prefetture.

Figura 4.7 Tipologie di documenti a comprova richiesti attraverso il sistema AVC_{PASS}.
Dati aggiornati al 31 marzo 2015



Fonte: ANAC

In un'ottica di miglioramento dei servizi offerti al mercato, l'Autorità ha deciso, altresì, di intervenire al fine di garantire una migliore qualità dei dati acquisiti attraverso la BDNCP. Ciò si è reso necessario anche in considerazione delle criticità che insistono sulla BDNCP, come di seguito descritte, e del fatto che la stessa sia inclusa fra le banche dati di interesse nazionale come fonte delle informazioni necessarie per l'esercizio delle funzioni di vigilanza dell'Autorità e di rappresentazione, anche statistica, del ciclo di vita dei contratti pubblici. A tali compiti, infatti, si sono nel tempo affiancate altre funzioni di natura censuaria che consentono un monitoraggio sia in termini di spesa generata dai contratti, sia in termini di controllo sui centri di costo (controllo, ad oggi, effettuato anche attraverso l'elaborazione dei prezzi di riferimento). La capacità della BDNCP di svolgere le proprie funzioni può essere, tuttavia, garantita solo attraverso la completa ed affidabile acquisizione "a monte" dei dati sui contratti pubblici. Sotto tale profilo, da un lato, si evidenzia che il sistema di rilevazione delle informazioni non ha sempre dato buona prova, determinando l'acquisizione di dati parziali e/o intempestivi. Ed infatti, l'Autorità dispone in tempo reale solo dei dati degli appalti espletati dalle SA di interesse locale delle regioni che si avvalgono del sistema di rilevazione dell'Autorità; diversamente per le sezioni regionali che adottano propri sistemi di rilevazione il grado di completezza, qualità e tempestività delle trasmissioni è estremamente eterogeneo. Dall'altro, si evidenzia la necessità di limitare le deroghe agli obblighi di comunicazione, soprattutto in relazione alle procedure in regime di emergenza - tra l'altro, come si è avuto modo di osservare più

volte, il ricorso diffuso a tali modalità di affidamento anche per grandi opere/eventi, provoca disfunzioni e anomalie e nasconde, talvolta, episodi corruttivi - e ai contratti segretati o che necessitano di particolari misure di sicurezza, che peraltro il disegno di legge anticorruzione da poco approvato ha ricondotto nell'alveo della vigilanza dell'Autorità.

L'Autorità intende adottare, anche attraverso il coinvolgimento dei vari attori, ogni soluzione che possa consentire di superare le criticità che inficiano sulla capacità di analizzare il mercato e di offrire strumenti ritenuti effettivamente utili e in grado di supportare i processi di lavoro. Per questi obiettivi, l'Autorità ha riaperto il dialogo con le regioni, dando vita nel 2015 ad appositi gruppi di lavoro ai quali parteciperanno i rappresentati delle stesse.

Capitolo 5

L'attività di vigilanza

Nel corso del 2014, l'attività di vigilanza sul mercato dei contratti pubblici è proseguita senza soluzione di continuità, anche in seguito al trasferimento delle relative competenze all'ANAC, attraverso il controllo sulla regolarità delle procedure di affidamento nei tre comparti dei lavori, dei servizi e delle forniture, nonché sul sistema di qualificazione e sulle SOA. Al contempo, tenuto conto della radicale modifica intervenuta con il d.l. 90/2014, come anticipato nel capitolo 4, l'Autorità ha adottato i necessari provvedimenti organizzativi per adeguare l'esercizio della funzione di vigilanza alla nuova missione istituzionale delineata dal legislatore.

In questo capitolo saranno illustrate le principali attività svolte dall'Autorità, con sia riferimento alle nuove forme di vigilanza di tipo preventivo, quale la vigilanza collaborativa, sia in relazione alla vigilanza "tradizionale", oltre naturalmente, ai controlli effettuati a seguito dei nuovi obblighi di comunicazione delle varianti previsti dall'art. 37, del d.l. 90/2014 ed agli accertamenti condotti attraverso le verifiche ispettive.

Ciascuna di queste attività è stata concepita non tanto e non solo per rilevare eventuali patologie nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, quanto piuttosto con l'obiettivo più ampio della prevenzione e del contrasto dei fenomeni corruttivi.

Grazie alla nuova struttura organizzativa, l'Autorità ha svolto numerose e variegate attività in relazione alle quali la tabella 5.1 offre alcuni dati di sintesi.

Tabella 5.1 Evidenze sulle attività degli uffici di vigilanza nel corso del 2014

Attività	Numero
Vigilanza lavori, servizi e forniture	1.254 fascicoli aperti
Vigilanza dichiarazioni di avvalimento	315 procedimenti definiti
Vigilanza attestazioni SOA	175 procedimenti definiti
Vigilanza sull'attività di attestazione	1.886 procedimenti aperti
Sanzioni	484 procedimenti definiti
Sanzioni irrogate	571 sanzioni
Casellario informatico (lavori, servizi e forniture)	799 segnalazioni

Fonte: ANAC

Con riferimento alle attività di vigilanza in materia di lavori, servizi e forniture si rappresenta che, sulla base dei 1.254 fascicoli aperti, sono state emanate 51 delibere, di cui otto sono state trasmesse all'Autorità giudiziaria e/o alla Corte dei Conti per i profili di competenza. Il basso numero di delibere emanate rispetto ai fascicoli (procedimenti) aperti è da attribuirsi al fatto che - nel caso in cui dall'esame della fattispecie non emergano dubbi interpretativi o la criticità evidenziata sia riconducibile ad un precedente pronunciamento dell'Autorità - le questioni segnalate vengono definite direttamente dall'ufficio competente che, peraltro, provvede ad invitare la SA al rispetto delle indicazioni fornite e all'adozione delle conseguenti azioni correttive.

In ordine all'attività di vigilanza sulle SOA, la maggior parte dei procedimenti ha interessato le modifiche di organico (36%) e la cessione di quote azionarie (22%), mentre per quanto concerne le segnalazioni riguardanti il Casellario, la gran parte afferiscono alla fattispecie di falsa dichiarazione o documentazione o a notizie utili di cui all'art. 8 del Regolamento.

Il numero di sanzioni irrogate nell'anno 2014 è pari a 571 (+62% rispetto a quelle dell'anno 2013). Nella maggior parte dei casi (58,1%), l'irrogazione è avvenuta a fronte di violazioni dell'art. 38 del Codice, mentre un quinto è relativo a violazioni degli obblighi informativi dell'art. 6 del medesimo Codice. L'importo complessivo delle sanzioni irrogate nell'anno 2014 è pari a 1.035.985 euro, in aumento del 16% rispetto all'importo dell'anno precedente. L'importo medio è di 1.827 euro, con valori molto contenuti per le violazioni

ex art 6 (mediamente 282 euro). La quasi totalità di queste violazioni hanno avuto quale soggetto sanzionato i responsabili unici di procedimento (RUP).

Tabella 5.2 Sanzioni irrogate nel periodo 2013-2014

Norma	Anno 2014				Anno 2013			
	N. sanzioni	Percentuale sanzioni	Importo medio (euro)	Importo complessivo (euro)	N. sanzioni	Percentuale sanzioni	Importo medio (euro)	Importo complessivo (euro)
Art. 38	332	58,1%	2.112	692.750	150	42,6%	2.968	439.250
Art. 40	47	8,2%	3.184	149.635	27	7,7%	3.612	86.683
Art. 48	74	13,0%	2.036	150.650	61	17,3%	2.463	150.250
Art. 6	115	20,1%	282	32.450	114	32,4%	1.999	219.888
Art. 70	1	0,2%	10.000	10.000	-	-	-	-
Art. 74	2	0,4%	250	500	-	-	-	-
Soggetto sanzionato								
RUP	102	17,9%	275	28.050	73	20,7%	326	22.500
Soggetto diverso da RUP	469	82,1%	2.168	1.007.935	279	79,3%	3.188	873.571
Totale	**571**	**100%**	**1.827**	**1.035.985**	**352**	**100%**	**2.612**	**896.071**

Fonte: ANAC

5.1 La vigilanza collaborativa

Nell'ambito della riorganizzazione dell'Autorità, è stata prevista la nuova fattispecie della vigilanza collaborativa, da attuarsi mediante la stipula di protocolli di azione con le SA richiedenti e finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti di gara e nelle attività di gestione dell'intero procedimento fino alla conclusione dell'appalto, in un'ottica di maggiore trasparenza dell'azione amministrativa e con l'intento di scoraggiare dal partecipare alle gare gli OE scorretti.

Si tratta di una forma di vigilanza che segna anche un cambiamento culturale nel *modus vigilandi* delle autorità indipendenti, che vede l'organo di vigilanza intervenire non soltanto per censurare ex post comportamenti illeciti, a cui spesso, peraltro, è difficile porre

rimedio, ma anche e soprattutto per prevenire ex ante criticità, in una logica di assistenza alla SA verso scelte corrette e trasparenti, finalizzate al buon andamento della commessa pubblica.

In particolare l'istituto prevede che le SA possano richiedere all'Autorità di svolgere un'attività di vigilanza, anche preventiva, volta a verificare la conformità degli atti di gara alla normativa di settore, ad individuare clausole e condizioni idonee a prevenire tentativi di infiltrazione criminale, nonché a monitorare lo svolgimento della procedura di gara e dell'esecuzione dell'appalto. La vigilanza collaborativa può essere richiesta nei casi di programmi straordinari per interventi da realizzarsi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico ovvero a seguito di calamità naturali; interventi realizzati mediante investimenti di fondi comunitari; contratti di lavori, servizi e forniture di notevole rilevanza economica e/o che abbiano impatto sull'intero territorio nazionale, nonché interventi di realizzazione di grandi infrastrutture strategiche; procedure d'acquisto di beni e servizi espletate da centrali di committenza/soggetti aggregatori.

Va precisato che sino ad oggi la vigilanza attuata dall'*ex* AVCP nei settori ordinari e speciali è sempre stata rivolta ad appalti già realizzati o in corso di esecuzione, vale a dire ex post rispetto al momento in cui sorgono le criticità che richiedono l'intervento dell'Autorità. Tuttavia, le disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici (ci si riferisce in particolare all'art. 6, co. 5, laddove si attribuiscono all'Autorità competenze e funzioni), prevedono anche che l'attività di vigilanza sia finalizzata a garantire, da parte delle SA, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, oltre che il rispetto delle regole di concorrenza nelle singole procedure di gara. Appare dunque evidente che il perseguimento di tali obiettivi non poteva ritenersi pienamente soddisfatto se non fossero stati integrati i compiti già svolti dall'Autorità attraverso l'espressa previsione di forme di vigilanza che, attivate proprio ex ante rispetto alla pubblicazione del bando o comunque rispetto all'avvio della procedura di gara, potessero effettivamente garantire la massima trasparenza e correttezza sin dal momento dell'individuazione delle procedura di scelta del contraente.

La vigilanza collaborativa ha sin da subito trovato ampio riscontro da parte delle SA che, numerose, già dai primi mesi del 2015, hanno richiesto all'Autorità l'attivazione di una

collaborazione. Sono stati, infatti, stipulati circa 11 protocolli di vigilanza collaborativa con amministrazioni molto diverse tra loro, volti a definire modalità di svolgimento delle attività e tipologia di affidamenti da sottoporre ad analisi preventiva/collaborativa.

Nell'ultimo periodo le richieste di collaborazione sono divenute più frequenti e ciò comprova la concreta necessità delle SA di essere supportate ed affiancate nell'espletamento di determinate procedure di appalto particolarmente complesse. Nel periodo compreso tra gennaio e maggio 2015 sono stati stipulati protocolli di azione per l'attività di vigilanza collaborativa con la Regione Lazio, Invitalia, l'Aeroporto di Firenze, l'ASI (Area Sviluppo Industriale) di Caserta, la Struttura di missione contro il dissesto idrogeologico e per lo sviluppo delle infrastrutture idriche della Presidenza del Consiglio dei Ministri, con il Commissario Straordinario Delegato per la mitigazione del rischio idrogeologico della Regione Puglia, con l'INPS, con l'Autorità di gestione del Programma nazionale servizi di cura alla prima infanzia e agli anziani non autosufficienti, mentre sono in corso di perfezionamento i protocolli con la Seconda Università di Napoli, con l'Università di Bari, con il Comune di Roma e con la Regione Basilicata.

Attesa la specificità dell'attività di vigilanza collaborativa, nella stesura di ciascun protocollo sono state tenute in considerazione le peculiarità di ogni SA, gli affidamenti per i quali è stata richiesta la vigilanza e/o la tipologia di appalto o di settore in cui effettuare la vigilanza in relazione alle criticità individuate dall'Autorità nel corso del tempo.

Nell'ambito del protocollo sottoscritto con Invitalia, soggetto che cura per conto del MISE (Ministero dello Sviluppo economico) e del MIBAC (Ministero dei Beni e delle attività culturali e del turismo) gli interventi per l'avvio, la qualificazione e l'accelerazione del processo attuativo del "Progetto Pompei per la tutela e la valorizzazione dell'area archeologica", in considerazione della rilevanza socio-economica del "Grande Progetto Pompei", si è ritenuto di sottoporre a vigilanza collaborativa tutti gli appalti rientranti nel progetto stesso e non soltanto i più rilevanti, come invece prevedono gli altri protocolli. Per le rimanenti collaborazioni, la vigilanza riguarda un insieme determinato di appalti, da individuare di volta in volta, in relazione alle specifiche peculiarità dei medesimi. Ciò nonostante, le osservazioni formulate dall'Autorità, stante l'importanza degli appalti sottoposti a vigilanza collaborativa, rappresentano un utile strumento di *benchmarking* per la SA.

Per quanto riguarda i destinatari della vigilanza collaborativa, occorre evidenziare che, in taluni casi, essi sono anche soggetti terzi rispetto a quelli che hanno sottoscritto il protocollo. Ad esempio, la Struttura di missione contro il dissesto idrogeologico, non gestendo operativamente l'esecuzione degli interventi di mitigazione ed avendo invece compiti di coordinamento, impulso e monitoraggio degli interventi, non agisce come SA, bensì sulla base di specifici accordi di programma che sottoscrive di volta in volta con i presidenti delle regioni in qualità di commissari di Governo per il dissesto idrogeologico; nel relativo protocollo, pertanto, sono previste verifiche preventive sugli atti connessi alle procedure di gara poste in essere dai commissari di Governo per la messa in sicurezza degli edifici scolastici e dell'AFAM (Alta formazione artistica, musicale e coreutica), per la mitigazione dei rischi idraulici e geomorfologici, per l'adeguamento alla normativa antisismica e per la tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale.

Nell'ambito di ciascun protocollo sono stati, altresì, individuati, ferma restando la facoltà dell'Autorità di richiedere ulteriore documentazione ritenuta utile e/o necessaria ai fini del corretto svolgimento dell'attività collaborativa, i documenti da sottoporre a verifica preventiva, vale a dire la determina a contrarre, gli atti della procedura di affidamento e della fase di esecuzione dei contratti.

Va precisato, in ultimo, che i pareri e le osservazioni che l'Autorità formula ad esito dell'analisi dei documenti nell'ambito dell'attività di vigilanza collaborativa non hanno carattere impositivo, bensì la forma di un rilievo inoltrato alla SA, contenente l'invito a modificare o sostituire l'atto in conformità ai rilievi formulati e ad inviare copia del documento rettificato; qualora, invece, la SA ritenga infondato il rilievo, presenta all'Autorità le relative controdeduzioni ed adotta gli atti di propria competenza assumendosi le correlate responsabilità.

Gli affidamenti che sino ad oggi, per ciascuna SA, sono stati oggetto di vigilanza collaborativa da parte dell'Autorità sono riportati nella tabella 5.3.

Tabella 5.3 SA ed affidamenti oggetto di vigilanza collaborativa

Stazione Appaltante	Affidamento
Regione Lazio	▪ Gara per l'acquisizione del servizio CUP; ▪ gara Cotral per l'acquisizione di 415 autobus di linea; ▪ gara per gestione centralizzata di farmaci e dispositivi medici; ▪ parere su procedura per la proroga del servizio antincendio.
Invitalia	▪ Gara progettazione e indagini - Nozze d'Argento (Grande Progetto Pompei); ▪ gara progettazione e indagini - insula Occidentalis (Grande Progetto Pompei); ▪ gara progettazione e indagini - Fortificazioni (Grande Progetto Pompei); ▪ gara progettazione e indagini - Villa Diomede Grande Progetto Pompei); ▪ gara progettazione e indagini - Casti Amanti (Grande Progetto Pompei).
ASI di Caserta	Gara per efficientamento energetico.
Aeroporto di Firenze	Affidamento di incarico professionale per la redazione di documentazione necessaria per ottenimento autorizzazioni *ex* art. 81 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616 (*Attuazione della delega di cui all'art. 1 della L. 22 luglio 1975, n. 382*) sul *Master Plan* 2014-2029.
Autorità di gestione del Programma nazionale servizi di cura alla prima infanzia e agli anziani non autosufficienti	Parere sulla verifica di congruità delle offerte effettuata per una gara oggetto di finanziamento e bandita da uno degli Ambiti territoriali di interesse.

Fonte: ANAC

5.2 Le attività ispettive

Con la riorganizzazione dell'ANAC ad opera della delibera 143/2014, l'Autorità ha istituito un ufficio dedicato allo svolgimento delle attività ispettive presso le amministrazioni pubbliche e gli enti che, in base alla normativa vigente, sono sottoposti al controllo e alla vigilanza dell'Autorità, con la possibilità di avvalersi del personale della Guardia di Finanza.

Attraverso l'Ufficio Ispettivo, l'Autorità ha dato impulso alla propria attività con l'attivazione di indagini generalizzate che hanno riguardato l'attività negoziale di grandi SA sull'applicazione della normativa afferente la contrattualistica pubblica nelle materie dei

lavori, servizi e forniture. A tal proposito, si evidenzia in primo luogo la visita ispettiva ai sensi dell'art. 6, co. 9, lett. a) e b), del Codice effettuata presso l'Amministrazione di Roma Capitale al fine di acquisire elementi conoscitivi puntuali sull'attività contrattuale dell'Amministrazione nel suo complesso, che ha comportato la ricognizione delle procedure svolte dalla stessa Amministrazione capitolina per l'affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture nel periodo 2011-2014. Nell'attuazione del relativo mandato il *team* ispettivo ha esteso le indagini, tuttora in corso, alla verifica degli affidamenti di lavori, servizi e forniture effettuati e/o da effettuare con il ricorso alle procedure in economia, agli affidamenti diretti, alle procedure negoziate o comunque non espletati con il ricorso alla gara pubblica. La prima fase di tale attività ispettiva ha consentito di ottenere alcuni primi significativi elementi di valutazione dell'operato dell'Amministrazione, dai quali risultano rilevabili profili di non rispondenza alle previsioni normative e regolamentari, che hanno caratterizzato gli affidamenti operati dalle strutture capitoline, registrandosi in primo luogo un generalizzato ed indiscriminato ricorso alle procedure negoziate al di fuori dei presupposti normativamente richiesti.

In particolare i principali elementi di anomalia venuti in rilevo nell'ambito di tale prima fase di analisi hanno riguardato la violazione dei limiti di importo definiti dalla normativa e le procedure di somma urgenza *ex* art. 175 e 176 del Regolamento; gli artificiosi frazionamenti degli appalti ai fini del rispetto delle soglie fissate dalle norme di settore; la carenza o il difetto di motivazione della delibera a contrarre in relazione alla sussistenza dei presupposti per il ricorso alla procedura individuata; gli affidamenti ripetuti al medesimo soggetto; il frequente ricorso ad affidamento diretto di servizi a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381 (*Disciplina delle cooperative sociali*) con importo superiore alla soglia comunitaria; il mancato rispetto del principio di rotazione degli OE invitati; la generalizzata carenza della fase di verifica dei requisiti di ordine generale e speciale e dell'emissione della certificazione di regolare esecuzione e di collaudo.

Ulteriore attività ispettiva, attivata a seguito di specifica richiesta di intervento collaborativo, ha riguato l'attività contrattuale dell'INPS in termini generalizzati nelle materie dei lavori, servizi e forniture. Gli accertamenti in esame, che risultano anche in tal caso ancora in via di perfezionamento, concernono l'acquisizione delle informazioni sulle modalità di affidamento degli appalti da parte dell'Istituto e, in particolare, sulle procedure

di aggiudicazione espletate dallo stesso o in corso di espletamento in relazione alle fattispecie individuate dall'Ente in apposita richiesta, nonché sugli eventuali relativi atti contrattuali.

L'attività ispettiva dell'Autorità, inoltre, è stata condotta in relazione a specifiche tematiche collegate a fatti di cronaca nazionale portati alla ribalta dagli organi di stampa.

Si evidenzia a tale riguardo l'accertamento ispettivo in ordine all'appalto ricomprendente la realizzazione del viadotto Scorciavacche sulla statale Palermo-Agrigento interessato dal cedimento del 4/5 gennaio u.s., finalizzato all'acquisizione di elementi conoscitivi e documentali sulla procedura di aggiudicazione espletata dall'ANAS S.p.A. per l'affidamento al CG dell'opera suddetta, nonché sull'esecuzione del relativo contratto al fine di verificare, in particolare, lo stato di avanzamento delle opere e le eventuali criticità emerse in fase di esecuzione, nonché la qualità delle prestazioni eseguite e il corretto adempimento delle obbligazioni contrattuali assunte dai soggetti esecutori.

In tale contesto, è stata intrapresa un'ulteriore indagine ispettiva presso l'Azienda ospedaliera di Caserta Sant'Anna e San Sebastiano, al fine di acquisire elementi necessari sull'attività contrattuale svolta nel complesso dall'Azienda nell'ultimo triennio e verificare le modalità di utilizzo delle procedure di aggiudicazione di lavori, servizi e forniture, nonché l'espletamento delle medesime procedure e l'andamento dei relativi rapporti contrattuali in corso di esecuzione, estendendo tale accertamento ispettivo alla verifica del rispetto delle norme in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza.

Gli esiti degli accertamenti condotti in una prima fase hanno consentito di rilevare la sussistenza di rilevanti elementi di criticità nelle modalità di conduzione degli affidamenti di lavori, servizi e forniture, nonché della relativa esecuzione da parte della Struttura sanitaria ispezionata. In particolare, si evidenziano profili di irregolarità nella redazione dei bandi che adottano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel frazionamento artificioso degli affidamenti a favore di diverse imprese, nell'assenza da parte della Azienda ospedaliera di strumenti di programmazione e di pianificazione, nonché la sussistenza di criticità specifiche per le singole gare, quali requisiti di partecipazione molto restrittivi, offerte in aumento.

Parallelamente allo svolgimento delle attività ispettive, uno dei principali obiettivi perseguiti dall'Autorità è stato quello di addivenire alla predisposizione di un "manuale delle ispezioni" o comunque, di un atto volto a regolare e definire l'attività ispettiva nei

suoi diversi momenti, attraverso l'indicazione di precise regole comportamentali e di specifici protocolli adottabili in tale sede, nonché attraverso la redazione di utili schemi di riferimento o linee guida per la redazione dei documenti ispettivi (verbali, relazioni etc.); ciò al fine precipuo di assicurare adeguata trasparenza e omogeneità nella conduzione della delicata ed importante attività accertativa fuori sede.

In riferimento a tale proposito è stato pertanto sviluppato uno schema di "Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni" in via di approvazione, la cui predisposizione ha richiesto una preliminare attività di ricognizione delle diposizioni legislative e regolamentari che regolano in linea generale l'attività ispettiva e degli orientamenti giurisprudenziali in materia, che sono stati trasfusi nel documento con i necessari adattamenti connessi alla peculiarità delle indagini ispettive di competenza dell'ANAC e i cui contenuti potranno essere resi noti e assunti come riferimento per altri organi amministrativi esercenti potestà ispettive.

5.3 La vigilanza nel settore dei lavori pubblici

Nel settore dei lavori pubblici, l'Autorità ha riscontrato molteplici problematiche attinenti a diversi profili della gestione delle opere pubbliche. Di seguito sono illustrate le anomalie più significative e, in particolare, le problematiche relative alla progettazione delle opere e alle connesse procedure di affidamento, tanto in relazione agli appalti c.d. "integrati" quanto all'affidamento dei soli incarichi, alla durata e allo svolgimento anomalo del contenzioso, ai ritardi di esecuzione delle opere, ai ben noti fenomeni dell'apposizione frequente di varianti e riserve.

5.3.1 Le anomalie nella progettazione e nell'esecuzione delle opere

La realizzazione della nuova linea C della metropolitana di Roma

Il primo caso di anomalie relative al prolungamento dei tempi e all'incremento dei costi di realizzazione delle opere riguarda la linea C delle metropolitana di Roma, su cui l'Autorità ha aperto un'indagine, tuttora in corso.

La gara per l'affidamento a CG della progettazione definitiva ed esecutiva, della realizzazione e della direzione dei lavori è stata indetta nel 2005, sulla base della progettazione definitiva per le tratte T4 e T5 e sulla base della sola progettazione preliminare per le altre tratte (T2, T3, T6A, T7 e "Deposito Graniti"). Il "tracciato

fondamentale" (Pantano-Clodio/Mazzini) della linea C della metropolitana, per un importo complessivo a base d'asta di 2.510.951.163,06 euro, era stato individuato con le delibere del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) nn. 65/2003 e 105/2004.

La gara à stata aggiudicata in data 28 febbraio 2006 all'associazione temporanea di imprese (ATI) Astaldi S.p.A., Vianini Lavori S.p.A., Consorzio Cooperative Costruzioni, Ansaldo Trasporti Sistemi Ferroviari S.p.A., che ha costituito la società di progetto Metro C S.p.A., divenuta poi Metro C S.c.p.a.. Il costo totale dell'investimento è passato da 3.047 milioni di euro a 3.740 milioni di euro, mentre l'importo contrattuale a favore del CG da 2.365 a 2.900 milioni di euro. Del suddetto incremento, circa 316 milioni sono da ricondurre alle 45 varianti adottate in corso d'opera, di cui sette a parità di importo, cinque in diminuzione e 33 in aumento; la parte rimanente è da imputare, invece, a modifiche introdotte in sede di approvazione dei successivi livelli di progettazione.

Per ciò che concerne la tempistica di realizzazione dell'opera, la stessa è stata oggetto di diverse revisioni in sede di approvazione da parte del CIPE dei progetti redatti dal CG, in sede di varianti in corso d'opera e per effetto di accordi tra le parti. L'appalto è stato, infatti, caratterizzato anche da un consistente contenzioso con il CG che ha portato alla sottoscrizione di un primo verbale di accordo, nel mese di giugno 2008, con il quale sono stati ridefiniti i termini di ultimazione in particolare delle tratte T4, T5, T6A, T7 e "Depositi Graniti" e di un successivo atto attuativo, datato settembre 2014, che ha ulteriormente prorogato i tempi di realizzazione delle citate tratte e ha riconosciuto al CG un importo di 230 milioni di euro a tacitazione delle riserve iscritte negli atti contabili fino a quella data.

A seguito dell'esame della documentazione fornita, l'Autorità ha proceduto ad una comunicazione delle risultanze istruttorie con la quale sono state evidenziate a Roma metropolitane e a Metro C una serie di criticità. In particolare, è emersa una carenza di indagini archeologiche preventive che ha determinato una notevole aleatorietà delle soluzioni progettuali da adottare nella fase di esecuzione e, ad appalto già in corso di esecuzione, rilevanti modifiche rispetto alle previsioni contrattuali, imputabili in parte anche al CG in virtù delle previsioni del bando di gara e del capitolato speciale d'appalto.

Con riferimento al cospicuo contenzioso che ha caratterizzato l'intervento, è stato rilevato come le richieste risarcitorie più consistenti attengono prevalentemente al riconoscimento

dei maggiori oneri connessi allo slittamento delle tempistiche contrattuali di esecuzione delle prestazioni dovuto a eventi non imputabili all'esecutore, quali ritardi nelle procedure di approvazione dei progetti, problematiche di natura archeologica, ritardi nello spostamento di sotto-servizi, mancata concessione di deroghe, problemi nella disponibilità delle aree. Al riguardo, sono state richiamate le previsioni del capitolato speciale d'appalto che delineano specifici compiti e responsabilità dei soggetti tenuti all'esame delle riserve, sia in termini di fondatezza ed ammissibilità, sia in termini di quantificazione economica.

Si è preso atto, ancora una volta, di come il contenzioso in corso d'opera sia un elemento caratterizzante anche dell'affidamento a CG, istituto che dovrebbe presupporre, invece, minori criticità sotto tale aspetto, stante la più ampia libertà e responsabilità organizzativa posta in capo al soggetto affidatario rispetto a quella di un appalto tradizionale.

Sempre con riferimento al contenzioso, l'Autorità non ha ritenuto condivisibile il riconoscimento a Metro C di specifici corrispettivi relativi alla funzione di CG, atteso che le attività per le quali è stata chiesta la compensazione erano già individuate negli atti di gara e, in particolare, nel capitolato speciale d'appalto, come di competenza del CG medesimo e remunerate quindi nell'ambito dei prezzi a base d'asta.

Infine, è stata rilevata quale ulteriore criticità in relazione alla significativa modifica, nel corso dell'esecuzione, degli oneri assunti dal CG in sede di offerta, in termini di abbattimento della quota di prefinanziamento dell'opera (dal 20% al 2%), di modalità di erogazione dei corrispettivi afferenti la progettazione esecutiva e di tempistiche di realizzazione delle opere; tale ultima modifica ha ribaltato la priorità di costruzione, in modo meno favorevole al soddisfacimento delle esigenze di trasporto della città, rimandando la realizzazione della tratta più centrale.

Le criticità riscontrate sono oggetto di approfondimento in sede di analisi delle controdeduzioni presentate dalle parti interessate a seguito dell'invio della comunicazione di risultanze istruttorie.

L'alta velocità di Firenze

Il progetto della penetrazione urbana della linea ad alta velocità (AV), relativo al passante ferroviario ed alla stazione sotterranea è stato approvato il 3 marzo 1999 a seguito di parere favorevole degli enti competenti reso nella conferenza di servizi e della Commissione di Valutazione di Impatto Ambientale (VIA). L'opera è stata inserita nel

primo programma nazionale delle infrastrutture strategiche di cui alla deliberazione CIPE 121/2001.

RFI S.p.A., committente dei lavori, ha demandato a Italferr S.p.A. i compiti di SA, supervisione dei lavori e *project management* dell'appalto. L'affidamento a CG è avvenuto sulla base dei progetti definitivo del Passante e dello Scavalco redatto da Italferr SpA ed esecutivo della Nuova Stazione AV redatto dall'ATI *Foster & Partners*, Ove Arup International, Arup Italia. A seguito di gara con procedura aperta, l'appalto è stato aggiudicato definitivamente (con il ribasso del 25,13%) all'ATI Coopsette Società cooperativa ed *Ergon Engineering and Contracting* Consorzio stabile S.c.ar.l., con la quale la Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., nel seguito RFI, ha stipulato la convenzione in data 28 maggio 2007 dell'importo di 703.697.519,74 euro. L'ATI ha successivamente costituito la società di progetto Nodavia S.c.p.a.

La convenzione ha previsto la suddivisione delle prestazioni in due lotti per: la progettazione esecutiva delle opere infrastrutturali connesse alla fluidificazione del traffico ferroviario (Scavalco), del Passante ferroviario nonché la verifica della progettazione esecutiva della Nuova Stazione AV, la realizzazione delle opere propedeutiche ai lavori dello Scavalco e la realizzazione dello Scavalco stesso (lotto 1); l'esecuzione delle opere propedeutiche ai lavori e la realizzazione del Passante ferroviario, della Nuova Stazione AV nonché gli interventi complementari ed accessori funzionali alle opere nel loro complesso (lotto 2). Nell'ambito dell'indagine effettuata, l'Autorità ha evidenziato diverse criticità, tra le quali, principalmente, possono richiamarsi: il significativo aumento contrattuale (9,6% circa) per effetto di modifiche introdotte in corso d'opera; il rilevante contenzioso tra committente e CG, con iscrizione di riserve da parte di quest'ultimo per un importo di 528.184.976,70 euro (al 28 febbraio 2014), pari pertanto a circa il 75% dell'importo contrattuale iniziale; gli enormi ritardi, dovuti, da quanto riferito da RFI, in parte ad una progressiva riduzione della capacità produttiva del CG e, soprattutto, al fermo dei lavori determinatosi per lo scavo del Passante.

Le criticità sopra richiamate sono strettamente collegate tra loro, in quanto alcune questioni, in particolare quella delle terre di scavo, influiscono significativamente sia sui costi e i tempi dell'opera, che sul contenzioso.

L'Autorità, preso atto di tali criticità, ha formulato le seguenti osservazioni e contestazioni ai soggetti interessati. Circa la quantificazione economica delle riserve, ha osservato come

i maggiori costi siano da ricondurre soprattutto all'andamento anomalo della commessa; ne segue che gli oneri richiesti dal CG aumentano proporzionalmente alla mancata produzione, di fatto vanificando le stesse aspettative riposte dalla SA nella scelta di tale tipologia di affidamento.

Come è noto, prima la legge 21 dicembre 2001, n. 443 (*Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive*), c.d. "Legge Obiettivo", e l'art. 176, co. 1, del Codice dei contratti pubblici poi, hanno definito l'affidamento a CG come l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore, precisando come il ruolo dello stesso sia caratterizzato, tra l'altro, per la libertà di forme nella realizzazione dell'opera, per la natura prevalente di obbligazione di risultato complessivo e per l'assunzione del relativo rischio. Ne discende che il CG è un soggetto deputato a fronteggiare gli eventuali impedimenti e/o ostacoli all'esecuzione dei lavori in modo più efficiente rispetto a un appaltatore vero e proprio; la richiesta di oneri connessi direttamente alla mancata produzione non appare, in linea di principio, coerente con il ruolo di CG, soggetto chiamato a fornire tutta la sua capacità organizzativa e tecnico-realizzativa per far fronte alle difficoltà che si presentano nella realizzazione dell'opera.

La stessa convenzione stipulata tra RFI e il CG richiama una serie di responsabilità puntuali in termini di acquisizione di permessi, autorizzazioni, nulla osta, del cui risultato lo stesso sarebbe responsabile.

Non può, tra l'altro, trascurarsi come l'appalto in argomento presenti la particolarità di un affidamento a CG sulla base di una progettazione già disponibile di livello definitivo (Scavalco e Passante) o, addirittura, di livello esecutivo (Stazione); la SA, inoltre, aveva già acquisito, nell'ambito delle conferenze di servizi, pareri e autorizzazioni di enti ed autorità competenti; in sostanza, l'affidamento a CG sembra aver ricercato, nell'ottica di attribuire allo stesso competenze e responsabilità che vanno ben oltre quelle assegnate ad un normale appaltatore, un soggetto particolarmente qualificato a gestire adeguatamente proprio la fase di sviluppo del progetto esecutivo (per alcune parti dell'opera) e di realizzazione delle opere, con acquisizione delle necessarie autorizzazioni strettamente connesse a tali fasi. Pertanto, un approfondimento sulla base delle richiamate disposizioni normative e contrattuali, finalizzato ad appurare se le criticità determinatisi nel corso dell'esecuzione siano o meno riconducibili ai rischi insiti nel ruolo di CG e, ove non lo

fossero, se il CG ha posto in atto le dovute misure atte a minimizzare gli effetti di tali criticità, appare prioritario a qualsiasi esame delle riserve avanzate dal medesimo e, per altro verso, a rilevare eventuali responsabilità a lui addebitabili per maggiori costi e ritardi nell'esecuzione.

In relazione alle circostanze contestate dalla Procura della Repubblica di Firenze, per ciò che concerne le competenze dell'ANAC, si ritiene comunque necessario verificare eventuali responsabilità dei soggetti che, ove coerentemente con i compiti ad essi assegnati, avessero effettuato e documentato adeguati controlli, avrebbero probabilmente potuto evitare la stessa formulazione delle imputazioni o consentito l'immediato superamento delle stesse; da altro punto di vista la formulazione di tali accuse da parte della Procura deve essere adeguatamente valutata dagli organi preposti al controllo dell'esecuzione dei lavori, al fine di assumere eventuali provvedimenti.

Circa la questione dello smaltimento delle terre da scavo, RFI ha rappresentato la diversa classificazione dei materiali operata dalla Procura, ma non ha posto in evidenza, nelle informazioni fornite all'Autorità conseguentemente all'avvio dell'istruttoria, adeguati provvedimenti adottati nei confronti dei soggetti responsabili (CG, Direzione dei Lavori, Alta Sorveglianza) a seguito delle contestazioni mosse dalla Procura.

Analogamente, circa le contestazioni della Procura nella fornitura dei conci di rivestimento delle gallerie e nella fornitura e montaggio della fresa, non sono stati inizialmente forniti da RFI elementi idonei ad assicurare l'esaustività dei controlli effettuati, né sono stati segnalati i provvedimenti adottati nei confronti dei soggetti responsabili successivamente alle citate contestazioni.

Riguardo a tali aspetti, l'Autorità ha di fatto sollecitato informazioni ed assicurazioni circa l'attuazione di adeguati provvedimenti. Ha richiamato le responsabilità di Italferr, quale soggetto preposto all'Alta Sorveglianza, come stabilite dalla convenzione ed ha evidenziato, altresì, come la Direzione dei Lavori svolga, per espressa previsione contrattuale, un'attività in favore della committenza, che peraltro è ampiamente retribuita con voci a corpo nell'ambito della convenzione (2.822.747,44 euro per il lotto 1 e 39.901.319,21 euro per il lotto 2).

Infine, l'Autorità ha contestato la modifica delle quote di partecipazione all'interno di Nodavia, alla luce delle previsioni di cui all'art. 176, co. 10, del Codice dei contratti pubblici e all'art. 10.6 della convenzione.

Quanto stabilito nella convenzione escluderebbe, pertanto, la possibilità per Coopsette, socio in possesso del 70% delle quote di partecipazione e unico qualificato all'epoca dell'appalto quale CG, di una totale cessione delle quote di partecipazione; le modifiche delle quote di partecipazione societaria comunicate da Nodavia sembrano tener conto di tali disposizioni, assicurando comunque, all'interno della società di progetto una partecipazione, sia pure esigua di Coopsette; ciò nonostante, l'esiguità della residua partecipazione di Coopsette (0,01%) evidenzierebbe un rispetto delle disposizioni normative e della convenzione di mero formalismo.

Tutte le predette contestazioni sono oggetto di approfondimento in sede di analisi delle controdeduzioni presentate dalle parti interessate a seguito dell'invio della comunicazione di risultanze istruttorie.

III Corsia dell'autostrada A4 - tratto nuovo ponte sul fiume Tagliamento

La necessità di procedere alla redazione di varianti in corso d'opera con conseguenti aumenti dei costi e dei tempi di realizzazione è generalmente legata ad una carente progettazione. Ciò ha portato il legislatore a prevedere disposizioni normative sulle modalità di effettuazione della progettazione, basata su tre livelli di successivi approfondimenti e poi ad introdurre la figura del CG che si assume anche l'onere della progettazione al fine di ridurre i rischi connessi alla predisposizione di elaborati progettuali carenti. La finalità del legislatore, con riferimento al trasferimento del rischio di progettazione e dell'acquisizione dei dovuti pareri e nulla osta da parte di enti interessati, non si è dimostrata efficace come si evince anche dall'indagine espletata con riferimento all'affidamento a CG della progettazione definitiva ed esecutiva, della redazione del Piano di sicurezza e coordinamento (PSC), delle attività accessorie e della realizzazione con qualunque mezzo della "III Corsia dell'autostrada A4 - tratto nuovo ponte sul fiume Tagliamento (progr. Km 63+300) - Gonars (progr. Km 89+000), nuovo svincolo di Palmanova e variante strada statale (S.S.) n. 352 - 1 Lotto". L'opera rientra tra quelle comprese nel Programma delle infrastrutture strategiche di cui alla l. 443/2001.

La gara è stata indetta dal Commissario delegato per l'emergenza[34], con affidamento a CG mediante il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un importo a base di gara pari a 407.569.223,62 euro.

Poiché l'offerta vincitrice conteneva importanti migliorie soprattutto con riferimento agli aspetti idraulici, in particolare per i ponti principali (Tagliamento, Stella, Cormor), il RUP ha inoltrato le modifiche progettuali agli enti locali competenti per il rilascio delle autorizzazioni idrauliche (oggetto di specifica prescrizione da parte del CIPE nella deliberazione di approvazione del progetto preliminare), per le opportune valutazioni e la formulazione di un parere preventivo. In sede di rilascio delle autorizzazioni idrauliche, gli enti interessati hanno avanzato diverse prescrizioni, alcune delle quali necessitavano di ulteriori approfondimenti progettuali per valutarne i possibili, significativi, aumenti dei costi. A tali prescrizioni si sono aggiunte le richieste di diverse amministrazioni comunali interessate all'iniziativa, con l'aspettativa di ridurre l'impatto dell'opera sui territori attraversati e la cesura del territorio avvenuta all'epoca della costruzione dell'autostrada.

La necessità, rilevata dal RUP, di effettuare ulteriori approfondimenti progettuali stante il fatto che alcune prescrizioni avrebbero inciso sul quadro economico dei lavori, ha determinato l'esigenza di affidare la sola progettazione definitiva dell'intervento.

Con la delibera CP n. 24 del 26 novembre 2014, l'Autorità ha evidenziato che, nonostante gli sforzi compiuti dalla SA per rendere più rapido l'*iter* amministrativo, a distanza di circa due anni e mezzo dalla stipula del contratto per la progettazione definitiva, alla data di conclusione del procedimento di vigilanza, non si era proceduto ancora alla consegna dei lavori e sussistevano incertezze sulla tempistica per la presentazione degli elaborati completi del progetto definitivo.

Si evidenzia, peraltro, che il Commissario delegato dei lavori di realizzazione della terza corsia dell'autostrada A4, richiamando l'art. 6, co. 7, del Codice, ha chiesto un parere all'Autorità sulla possibilità di stipulare un atto transattivo con il CG, finalizzato a superare una situazione di potenziale contenzioso. L'Autorità, in merito, ha analizzato la coerenza dei provvedimenti ipotizzati rispetto alle valutazioni già rappresentate con la

[34] Il Presidente della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia è stato nominato "Commissario delegato per l'emergenza" dopo che i Presidenti delle Regioni Veneto e del Friuli Venezia Giulia hanno chiesto al Presidente del Consiglio di Ministri, la dichiarazione dello stato d'emergenza, ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225 (*Istituzione del Servizio nazionale per la protezione civile*), per la realizzazione delle opere, in ragione del blocco quotidiano del traffico, dei danni enormi per l'economia e dell'elevatissima incidentalità, e così da rendere i tempi di realizzazione dell'opera più brevi.

deliberazione n. 24 del 26 novembre 2014, formulando alcune osservazioni contenute nella comunicazione del 16 aprile 2015. La prima attiene alla possibilità che la variazione della configurazione fondazionale intervenuta successivamente alla gara possa comportare una modifica sostanziale dell'oggetto dell'affidamento. Su questo punto, l'Autorità, pur condividendo che le modifiche introdotte in esito alle prove su modello fisico non siano tecnicamente tali da costituire una variante sostanziale, ha evidenziato la necessità di valutare se i cambiamenti apportati in sede di progetto definitivo possano «configurare un'alterazione della par condicio tra gli appaltatori intervenuti in sede di gara, tenuto conto che l'appaltatore ha ottenuto l'appalto anche in forza delle modifiche introdotte [in sede di offerta], in parte vanificate dall'esito delle predette prove», come già indicato nella deliberazione 24/2014.

In ordine alla possibilità di pervenire ad un atto transattivo l'Autorità ha osservato, tra l'altro, che l'opzione di ricorrere all'istituto della transazione nel caso di affidamento a CG è prevista dall'art. 161, co. 6, del Codice, laddove tale disposizione statuisce che ai contratti di opere relativi alle infrastrutture strategiche (art. 162, co. 1), si applica anche la parte IV (contenzioso) del Codice, evidenziando, al contempo, come l'esame di merito dei contenuti della transazione esuli dalla sfera di competenza dell'Autorità stessa. Infine, in relazione al trasferimento delle attività di direzione dei lavori in capo alla committenza, al fine di ridurre l'importo contrattuale, l'Autorità ha rilevato come l'art. 176 del Codice, stante la particolare obbligazione di risultato in capo al CG, contempli tra le attività rimesse allo stesso anche quella di direzione dei lavori, lasciando in carico al committente l'alta sorveglianza delle opere e il collaudo delle stesse (art. 176, co. 2 e 3).

Le linee tramviarie Roccella - Leonardo da Vinci - Calatafimi

Criticità relative alla tempistica e alla qualità della progettazione sono state rilevate anche nell'appalto riguardante la realizzazione di tre linee tramviarie denominate "Roccella-Leonardo da Vinci-Calatafimi" da parte dell'Azienda municipalizzata AMAT di Palermo. In seguito agli esiti negativi di una prima gara esperita nel gennaio del 2003, dovuta alla circostanza che il progetto originario, redatto molti anni prima, non era più attuale e che la previsione economica inerente le forniture e i lavori di realizzazione era ormai inadeguata, nel 2005 veniva predisposto un nuovo bando a procedura ristretta, con criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa, avente ad oggetto la progettazione esecutiva, la

realizzazione dei lavori, la gestione in c.d. "*global service*" delle linee ferroviarie, per un prezzo a base di gara pari a circa 192.000.000.000 di euro e per una durata prevista pari a 60 mesi.

All'infrastruttura sono state apportate numerose varianti progettuali; la maggior parte di queste è relativa alle opere civili e riguarda il deposito di Roccella. Risultano diverse varianti onerose per migliorie del sistema, mentre numerose sono state le varianti per la rilocazione dei sotto-servizi (cioè delle reti e degli impianti nel sottosuolo) compresi quelli di proprietà del Comune di Palermo. Sono stati poi riscontrati errori progettuali per carente valutazione dello stato dei luoghi. In sintesi, nella delibera conclusiva CP n. 5 del 30 settembre 2014 l'Autorità ha riscontrato molteplici problematiche tra le quali: la presenza di errori progettuali che hanno contribuito all'incremento dei costi complessivi del progetto definitivo posto a base d'appalto che, tra l'altro, non risultano essere stati tempestivamente contestati ai progettisti; l'avvio dei lavori in assenza di un progetto esecutivo completo ed approvato; l'ampio ricorso ad onerose consulenze giuridiche di supporto al RUP con affidamenti diretti in difformità alle norme previste in materia; le carenze nella definizione del contratto; la non conformità alle leggi generali di contabilità dello Stato delle opere in variante o aggiuntive.

I lavori di adeguamento della S.S. 640 di Porto Empedocle – Agrigento - Caltanissetta

Nell'ambito degli interventi di importi rilevanti e compresi nel Programma delle infrastrutture strategiche di cui Legge Obiettivo, è proseguita l'indagine attivata nel 2012 sui lavori di adeguamento a quattro corsie della "S.S. 640 di Porto Empedocle, itinerario Agrigento-Caltanissetta-A19 - I Lotto (tratto dal km 9+800 al km 44+400)". La strada S.S. 640 collega la città di Porto Empedocle con quella di Caltanissetta e termina con l'innesto sull'autostrada A19 (Palermo-Catania). Il suo tracciato si snoda nelle Province di Agrigento e Caltanissetta e attraversa la Valle dei Templi, area archeologica caratterizzata da una serie di importanti templi dorici del periodo ellenico.

Gli accertamenti effettuati dall'Autorità hanno fatto emergere nuovi elementi di criticità con riferimento alla realizzazione delle opere e, in particolare, la dilatazione dei tempi di esecuzione e la lievitazione dei costi, oltre alla responsabilità della SA per la mancata applicazione delle clausole contrattuali che definiscono le obbligazioni rimesse al CG, come rappresentato nella delibera CP n. 2 del 15 luglio 2014. Tra le anomalie riscontrate

figurano, in particolare, il difetto di ammissibilità sulle riserve apposte dal CG relative alle carenze del progetto definitivo posto a base di gara, l'inadeguata attenzione nel valutare i piani particellari degli espropri, un carente controllo sui tempi di esecuzione delle opere, la carenza nei capitolati speciali d'appalto nella parte relativa alle penali, stante gli effettivi tempi complessivi di realizzazione delle opere, la redazione del quadro economico nella parte relativa al fondo di incentivazione non in linea con il regolamento approvato dalla SA (Anas S.p.A.) per la ripartizione e l'erogazione dell'incentivo *ex* art. 92 del Codice.

5.3.2 Le criticità nell'affidamento degli incarichi di progettazione

L'Autorità ha riscontrato criticità ed anomalie anche con riferimento all'affidamento dei soli incarichi di progettazione. In tale ambito meritano di essere segnalati i casi degli affidamenti effettuati dall'ambito territoriale ottimale (ATO) 1 di Palermo e dai Comuni di Ischia e di Vicari.

Gli affidamenti effettuati dalla ATO 1 di Palermo

L'indagine effettuata dall'Autorità era tesa a verificare la regolarità della procedura adottata per il conferimento dell'incarico di cui alla convenzione sottoscritta nel dicembre 2012 tra l'ATO 1 di Palermo e le Società Acque Potabili Siciliane S.p.A. e Desa s.r.l. per la progettazione, preliminare, definitiva ed esecutiva dei lavori rientranti nel programma di investimenti finalizzati alla risoluzione della procedura di infrazione comunitaria ai sensi della direttiva 91/271/CEE.

Preliminarmente, occorre precisare che la Società Acque Potabili Siciliane S.p.A. era il soggetto gestore del servizio idrico integrato (SII) nel territorio dell'ATO 1 di Palermo in virtù di un'apposita convenzione sottoscritta in data 14 luglio 2007, a seguito di esperimento di procedura ad evidenza pubblica.

La gestione del SII, affidata per una durata di 30 anni, comprendeva i servizi di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue. L'ATO 1 di Palermo ha lamentato una pluralità di inadempimenti alle obbligazioni contrattuali da parte del gestore, tra cui l'incompleta corresponsione del canone di concessione, il mancato rinnovo della garanzia cauzionale di cui all'art. 37 della convenzione di gestione, l'inadeguatezza organizzativa e operativa nella gestione del servizio e gli inadempimenti in materia di investimenti.

L'Autorità, nella delibera n. 7 del 14 gennaio 2015, ha riscontrato diverse anomalie con riferimento all'operato dell'ATO, in particolare ha ritenuto che la convenzione di incarico sottoscritta nel dicembre 2012 si configurasse come un affidamento diretto di servizi di progettazione, in contrasto con le disposizioni di cui all'art. 91 del Codice, e che la stessa non fosse riconducibile alla fattispecie di rinegoziazione contrattuale prevista dall'art. 4, co. 6, della convenzione di gestione; ha rilevato, altresì, che l'operato dell'ATO 1 di Palermo non fosse conforme alle disposizioni normative in materia di affidamento dei servizi di progettazione, in relazione al proseguimento delle attività, a seguito della risoluzione della convenzione di gestione, atteso che tali attività non possono qualificarsi come strettamente necessarie per garantire la fornitura del servizio idrico agli utenti.

Gli incarichi professionali affidati dal Comune di Ischia

Il Comune di Ischia ha proceduto all'affidamento di una serie di incarichi professionali operando un frazionamento delle prestazioni ed affidando gli stessi con le procedure in economia, sulla base di un regolamento del maggio 2007 che prevede la possibilità di effettuare affidamenti diretti per incarichi di importo inferiore a 100.000 euro.

Da un esame degli affidamenti della SA, l'Autorità ha rilevato che gli incarichi professionali erano singolarmente di importo inferiore a 20.000 euro e quindi apparentemente suscettibili di essere affidati in via diretta; tuttavia, con riferimento a più interventi variamente denominati (opere di completamento, opere complementari), un'analisi più approfondita ha messo in luce la riconducibilità degli stessi ad un medesimo "oggetto" (edificio, impianto sportivo o area urbana).

Le modalità di affidamento dei servizi di ingegneria più rilevanti, che appaiono tra l'altro in contrasto con l'esigenza tecnica di garantire l'unitarietà della progettazione e della conduzione dell'opera, hanno determinato l'utilizzo di procedure meno rigorose di quanto di richiesto dalle norme ove si fosse considerato l'intervento nella sua globalità. Tale anomalia è stata riscontrata, peraltro, anche per gli stessi appalti di lavori.

Nella delibera CP n. 13 del 14 ottobre 2014, conclusiva dell'istruttoria, è stato evidenziato come l'Autorità si sia in più occasioni espressa sulle modalità di affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura. A titolo esemplificativo, sono state richiamate le determinazioni n. 5 del 27 luglio 2010 e n. 2 del 6 aprile 2011, nelle quali sono ribaditi i principi cardine che devono regolare gli affidamenti operati dalle SA per gli incarichi di importo inferiore a

100.000 euro, vale a dire i principi generali di trasparenza e non discriminazione garantendo, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che permetta l'apertura degli appalti alla concorrenza.
Tale principio è stato ribadito dall'Autorità anche nella recente determinazione n. 4 del 25 febbraio 2015, contenente l'aggiornamento delle citate linee guida del 2010.

Gli incarichi professionali affidati dal Comune di Vicari

Sul frazionamento degli incarichi professionali l'Autorità ha svolto anche un'indagine sul Comune di Vicari. Dall'analisi della documentazione acquista nell'ambito del procedimento è emersa la mancata stima in via unitaria dell'importo totale degli incarichi tecnici riferiti alle opere di «completamento del restauro del castello di Vicari, sistemazione dell'area del castello, realizzazione di attrezzature polifunzionali e servizi aggiuntivi».
Nel caso in parola risulta, infatti, che nell'anno 2010 il Comune abbia affidato a un soggetto esterno l'incarico per la redazione di un progetto di livello definitivo per un importo di 48.500 euro. Conseguito il finanziamento dell'opera nell'anno 2013, il Comune ha conferito, al medesimo soggetto, l'incarico per la redazione del progetto di livello successivo (progetto esecutivo), a fronte di un corrispettivo di 70.290 euro. Con separate procedure ha poi affidato ad altri soggetti l'incarico per la redazione delle relazioni geologiche, geotecniche ed archeologiche (per un corrispettivo di 45.000 euro) e l'incarico per il servizio di coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione (per un corrispettivo di circa 15.100 euro).
Sull'operato della SA, con la delibera n. 3 dell'8 gennaio 2015, l'Autorità ha osservato che, se l'affidamento della progettazione definitiva prima ed esecutiva dopo può trovare giustificazione in relazione alla tempistica ed alla disomogeneità dei finanziamenti, non trova alcuna giustificazione il mancato affidamento, unitamente alla progettazione esecutiva, dell'attività di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione nonché dell'incarico di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione. Il frazionamento nel tempo degli incarichi rappresenta, quindi, un'evidente elusione dei limiti stabiliti dall'art. 91 del Codice dei contratti pubblici finalizzati ad una corretta applicazione delle procedure di gara.

5.3.3 Lo sviluppo anomalo del contenzioso in fase esecutiva

Lo sviluppo anomalo del contenzioso in fase di esecuzione è uno dei fenomeni più gravi che incide sulla corretta e tempestiva realizzazione delle opere pubbliche in Italia. L'Autorità ha segnalato in passato, con la determinazione n. 5 del 30 maggio 2007, lo stretto legame tra l'andamento anomalo del cantiere e il contenzioso evidenziando, in particolare, come gli accordi bonari rappresentino una delle principali disfunzioni nella gestione degli appalti pubblici. Un caso emblematico è rappresentato dagli accordi di cui all'art. 240 del Codice posti in essere da RFI/Italferr per la risoluzione dei contenziosi sviluppatisi per i tre contratti relativi a "Nodo ferroviario di Genova-Voltri", "Nodo e stazione FS di Bologna" e "Raddoppio della linea ferroviaria Caserta Foggia", come meglio di seguito descritti.

In relazione ai tre appalti, con delibera CP n. 19 del 12 novembre 2014, l'Autorità ha posto in evidenza gravi violazioni dei principi di trasparenza, la durata abnorme del procedimento di componimento del contenzioso, l'anomalo andamento dei lavori per indisponibilità delle aree e la natura sistemica delle cause delle riserve.

Il nodo ferroviario di Genova - Voltri

Alla fine del 2009 RFI stipulava con il Consorzio stabile Eureca di Milano un contratto di 272.871.948,08 euro, allo scopo di migliorare la funzionalità del nodo ferroviario di Genova-Voltri e ridurre l'impatto sulla città. La procedura si è conclusa il 10 dicembre 2008 con un ribasso offerto di circa il 25% sul progetto esecutivo posto a base di gara. L'appalto ha conosciuto un rilevante contenzioso, insorto a seguito dell'apposizione di una serie di riserve; quelle più importanti erano riconducibili alla consegna frazionata nel tempo delle aree, alla difformità delle stesse dal contratto e allo stato dei luoghi non pienamente conforme al progetto esecutivo. Per risolvere la controversia RFI, per il tramite di Italferr, ha attivato un procedimento di accordo bonario *ex* art. 240 del Codice. La durata del procedimento, tuttavia, è risultata eccessiva - 477 giorni, ben oltre i 90 giorni di cui dall'art. 240, co. 5, del Codice - risultando così violata la *ratio* dell'istituto rinvenibile nella risoluzione celere del contenzioso finalizzata a permettere il regolare svolgimento del rapporto contrattuale.

Nell'esaminare il caso, l'Autorità ha evidenziato diverse anomalie, tra cui la violazione dell'art. 106, co. 1, del Regolamento, secondo cui il direttore dei lavori ha l'obbligo di

assicurare e certificare - già in sede di validazione della progettazione - l'accessibilità alle aree, l'assenza di impedimenti e la realizzabilità delle opere, nonché l'irritualità della procedura di accordo bonario, soprattutto in relazione alla mancata definizione di una proposta economica unitaria in seno alla commissione, situazione che ha indotto RFI a trattare direttamente con il Consorzio riconoscendo la somma di 18.000.000 euro (pari al 6% dell'importo contrattuale).

Il nodo ferroviario di Bologna

Il contratto di 21.606.064,57 euro per l'esecuzione dell'armamento ferroviario e trazione elettrica delle nuove gallerie sottopassanti il nodo di Bologna e altri lavori ausiliari, siglato il 13 gennaio 2010 con l'ATI CLF S.p.A. e Sifel, al netto dello 0,85% sulla base di un progetto esecutivo, veniva affidato da RFI, ai sensi degli artt. 220, 224, co.1, lett. b), e 232 del Codice. Anche per questo appalto, l'Autorità ha evidenziato l'eccessiva durata del procedimento, laddove ha coperto gran parte del tempo di esecuzione dei lavori e ben oltre i 90 giorni del richiamato art. 240 del Codice, con particolare riferimento all'ultimo anno di durata contrattuale (dal gennaio 2013 all'ultimazione dei lavori avvenuta nel novembre dello stesso anno).

Il raddoppio della linea ferroviaria Caserta - Foggia

Il contratto di 137.724.521,41 euro, divenuto di 153.849.670,68 euro a seguito di varianti in corso d'opera, è stato affidato all'ATI Consorzio Stabile T&T s.r.l., IPA Precast S.p.A. e Fersalento s.r.l, mediante appalto integrato, con bando risalente al 2004, per la costruzione del raddoppio della tratta Cervaro-Bovino nella linea Caserta-Foggia, comprese le stazioni di Ponte Albanito e Bovino.

Per questo appalto sono state rilevate le medesime criticità riscontrate per il nodo ferroviario Genova-Voltri: la divaricazione delle valutazioni dei tre membri della commissione nella procedura di accordo bonario e la mancata definizione di una proposta unitaria, con conseguente durata anomala del procedimento e intervento ex post della committente RFI nella definizione della controversia.

5.3.4 Altre problematiche

Il completamento dei collegamenti tra il Comune di Forenza e la S.S. 658 Potenza - Melfi

Nella delibera CP n. 23 del 26 novembre 2014, l'Autorità ha analizzato l'appalto relativo ai lavori di completamento della strada di collegamento tra il Comune di Forenza e la S.S. 658 Potenza-Melfi, espletato dalla Provincia di Potenza. L'opera oggetto dell'indagine è piuttosto articolata. La Provincia di Potenza ha espletato la procedura di gara nel 2008 sulla base di un progetto elaborato in origine dal Comune di Forenza, al fine di pervenire al completamento di vari tratti viari già realizzati (ma mai collaudati e posti in esercizio) della strada di collegamento tra il Comune e la S.S. 658 Melfi-Potenza. Il contratto veniva stipulato nel luglio 2009 e l'ultimazione era prevista originariamente il mese di giugno 2012.

L'*iter* amministrativo per l'esecuzione dell'opera viaria è stato caratterizzato dall'accesa conflittualità tra le parti. Da un lato l'aggiudicatario ha avviato sin dalla consegna dei lavori numerose contestazioni al progetto dell'opera lamentandone la non eseguibilità; dall'altro, la Provincia ha disposto la risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore dei lavori *ex* art. 136 del Codice. A seguito della risoluzione contrattuale, l'appaltatore ha devoluto la controversia al giudice ordinario (ancora in corso alla conclusione dell'istruttoria).

Sull'appalto l'Autorità ha rilevato criticità sia in relazione all'operato della SA in sede di gara, sia con riferimento al comportamento tenuto dall'impresa in fase esecutiva.

L'operato della SA ha destato perplessità con riferimento alla valutazione della congruità dell'offerta. L'Autorità ha osservato come il ribasso offerto dall'aggiudicataria (31,6%) doveva portare la SA a prestare maggiore attenzione nel valutare la congruità dell'offerta e ad immaginare la possibilità di una variante tesa a modificare quelle lavorazioni caratterizzate da ribassi percentuali molto elevati.

Per quanto riguarda il contraente, sin dall'avvio della fase realizzativa si sono evidenziati ritardi nell'esecuzione. L'effettivo inizio dei lavori è avvenuto il 13 gennaio 2010, dopo tre mesi impiegati per eseguire gli espropri e il taglio delle alberature. Successivamente all'approvazione di una proposta di variante, l'impresa riprendeva i lavori con regolarità, ma in difformità dalle disposizioni progettuali e dalla stessa variante migliorativa proposta dalla medesima. Si susseguivano diversi ordini di servizio per la sospensione dei lavori a

causa delle difformità delle opere realizzate fino all'avvio da parte della SA della procedura di risoluzione contrattuale *ex* art. 136, del Codice.
Dallo stato di consistenza dei lavori, emergeva che in due anni e mezzo l'impresa aveva realizzato solo il 12% dei lavori.

Il corridoio intermodale Roma - Latina e il collegamento Cisterna - Valmontone

Problematiche in ordine alla durata eccessiva del procedimento di aggiudicazione sono state rilevata nell'affidamento in concessione delle attività di progettazione, realizzazione e gestione del corridoio intermodale Roma-Latina e del collegamento Cisterna-Valmontone. La gara per l'aggiudicazione dei lavori in oggetto, infatti, è stata effettuata mediante procedura ristretta ed è stata attivata con bando pubblicato nel dicembre del 2011, mentre le lettere di invito ai concorrenti pre-qualificati sono state inoltrate in data 10 aprile 2014, quindi a distanza di circa 28 mesi.
Nell'istruttoria, conclusasi con la delibera CP n. 29 del 9 dicembre 2014, l'Autorità ha rilevato che, se è pur vero che nelle procedure ristrette "il concreto avvio della gara" si sostanzia con l'invio delle lettere di invito, è altrettanto vero che la fase di pre-qualificazione costituisce l'atto di avvio del procedimento di evidenza pubblica, i cui termini di conclusione non possono essere indeterminati o comunque legati a fatti ed eventi la cui tempistica non è a priori determinabile. Tale problematica è strettamente connessa a quella della potenziale violazione del principio di massima partecipazione e di apertura alla concorrenza, poiché non può escludersi che, nel periodo di tempo intercorso tra la pubblicazione del bando e l'invio degli inviti ai pre-selezionati, altri OE non abbiano acquisito i requisiti di partecipazione alla gara e non abbiano maturato interesse a parteciparvi.

5.4 La vigilanza sulle varianti

L'art. 37 del d.l. 90/2014 ha introdotto l'obbligo di trasmissione all'ANAC delle varianti in corso d'opera dei contratti pubblici di lavori. La norma è finalizzata a consentire un controllo sulle varianti apportate in fase esecutiva, spesso causa di aumenti considerevoli dei costi e di allungamento nei tempi di realizzazione delle opere, come anche illustrato nell'ambito dei paragrafi precedenti.

Nel 2014 l'ANAC ha pubblicato vari comunicati al fine di fornire indicazioni su come adempiere alla nuova norma, da ultimo quello del 17 marzo 2015 in cui si evidenziava la necessità di rivisitare e aggiornare le indicazioni fornite in precedenza al fine di garantire la completezza della documentazione allegata alla trasmissione, l'estensione della trasmissione stessa ad alcuni tipi di varianti nell'appalto integrato, nonché l'acquisizione delle informazioni sul contenzioso che interferisce con le medesime varianti.

Alcuni primi risultati sulle varianti trasmesse sono contenuti nel comunicato del Presidente del 24 novembre 2014 ("Prime valutazioni sulle varianti in corso d'opera trasmesse dalle Stazioni Appaltanti"). Trattasi di varianti per le quali non erano previsti i limiti di importo successivamente introdotti in sede di conversione del d.l. 90/2014 (varianti disposte nell'ambito di appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria e di importo eccedente il 10% del contratto).

Le valutazioni si basano sull'analisi di un campione di 90 varianti su un totale di 277 pervenute nelle more della conversione in legge. Nonostante l'insieme dei dati sia parziale e disomogeneo, anche a causa di alcune difficoltà interpretative delle SA nei primi mesi di applicazione della norma, è tuttavia funzionale a rilevare alcune linee di tendenza relative all'utilizzo dello strumento da parte delle medesime SA.

I dati esaminati hanno evidenziato che la gran parte delle varianti riguarda SA classificate come enti locali e presenta un importo aggiuntivo inferiore a 50.000 euro, con moda attestata attorno al valore di 20.000 euro. Il dato testimonia la forte frammentazione del fenomeno in esame, caratterizzato da numerose varianti di piccolo importo, correlata anche alla generale polverizzazione del mercato dei lavori pubblici.

Tra le principali criticità rilevate su queste prime varianti si segnalano: il frequente difetto di coerenza delle motivazioni addotte dal RUP; la ricorrenza di varianti approvate dopo l'esecuzione dei relativi lavori, al fine di regolarizzare le opere eseguite in sede di chiusura della relativa contabilità; la presenza di varianti qualificate come migliorative per le quali non vi è stato, in realtà, un sufficiente riscontro in ordine alle effettive migliorie apportate; la diffusa apposizione di varianti di valore molto prossimo al risparmio conseguito con il ribasso d'asta (riscontrata nel 90% dei casi).

L'attività svolta dall'entrata in vigore della norma

In merito all'attività svolta dall'entrata in vigore della norma, si evidenzia un numero complessivo di 542 varianti trasmesse dopo il primo comunicato del 16 luglio 2014 e fino al 30 aprile 2015. Delle varianti sottoposte all'obbligo di trasmissione, solo il 47% risulta completo e solo il 22 % viene trasmesso entro i 30 giorni stabiliti dalla norma. In generale, il tempo medio di trasmissione è di circa 60 giorni, il che appare spiegabile con l'assenza nella norma di sanzioni per mancata comunicazione dei dati. In questa prima fase di analisi si evidenzia, quindi, un livello di adempimento molto carente, da ricondurre anche alla non corretta interpretazione della norma nei primi mesi di applicazione.

In merito alle fattispecie individuate dall'art. 132, co. 1, del Codice (e nel citato comunicato del 17 marzo 2015), quelle comunicate con maggiore frequenza sono le fattispecie "b)" cause impreviste ed imprevedibili e "c)" presenza di eventi/rinvenimenti imprevisti, - come noto di gran lunga le meno verificabili - e solo in via residua la "d)" cause geologiche/idriche che rendono onerosa la prestazione. Quest'ultimo dato, tra l'altro, si può leggere in termini positivi laddove, la sua esiguità, sembra escludere il ricorso a varianti per carenza di conoscenza della rappresentazione del sottosuolo. Sulla qualità della progettazione, una lettura opposta si ricava dal significativo ricorso al cumulo di più fattispecie (nella metà dei casi) e in particolare alla ripetizione delle medesime (quasi in nove casi su dieci) nell'ambito dello stesso contratto (casistica, questa, che si ritrova anche nell'analisi delle 90 varianti di cui sopra). Un dato che sembra significativo per le varianti sottoposte all'obbligo di trasmissione è che, in media, ciascuna variante contiene 4,2 fattispecie modificative del contratto originario. Tendenza che conferma decisamente l'attenzione che vi deve essere sulla qualità della progettazione.

Quanto agli esiti istruttori, nella tabella 5.4 sono riportati i risultati del c.d. "primo livello di analisi", cioè quelli desumibili dalla documentazione trasmessa con il modulo ovvero senza l'esame di atti aggiuntivi.

Un primo dato che emerge è che ciascuna variante presenta in media circa 3,5 criticità tra le 13 principali prese in considerazione. Sebbene il campione non sia rappresentativo, in quanto, in alcuni casi, riferito ad un numero di varianti limitato e per le quali si devono svolgere ulteriori accertamenti istruttori, i dati rivelano delle disfunzioni legate al basso grado di coerenza tra le fattispecie utilizzate per giustificare le varianti e il resto della documentazione (riscontrata solo nel 36% dei casi) e l'adeguatezza degli accertamenti del

RUP sulle cause delle varianti (registrata solo per il 9% dei casi). Inoltre, solo nel 27% delle varianti vi è un chiaro nesso fisico-funzionale tra i lavori del contratto e quelli introdotti con la variante. Appare, invece, positivo il dato che rivela l'assenza di casi di varianti con modifiche sostanziali. Infine, il dato che rivelerebbe l'assenza di lavori eseguiti prima della variante in realtà non è convincente: questo è contraddetto, infatti, dal tempo che residua mediamente per l'ultimazione dei lavori, nel senso che solo nel 36% dei casi è risultato "coerente" con i contenuti della variante. A significare che, verosimilmente, i lavori erano stati già eseguiti.

Tabella 5.4 Indicatori di criticità sulle varianti comunicate al 1 aprile 2015 (istruttorie di primo livello)

Indicatori di criticità (istruttoria di primo livello)		**>soglia comunitaria >10% contratto originario**		
		N. di criticità rilevate	% sul n. di varianti	% relativa alle criticità
1	Coerenza delle fattispecie di variante	4	36%	11%
2	Esaustività accertamenti RUP	1	9%	3%
3	Modifiche sostanziali	0	0%	0%
4	Nesso fisico-funzionale	3	27%	8%
5	Superamento del 5^ d'obbligo	6	55%	16%
6	Incremento delle categorie omogenee	0	0%	0%
7	Sottoscrizione di nuovi prezzi	9	82%	24%
8	Coerenza della durata della sospensione	8	73%	21%
9	Congruità del tempo aggiuntivo sul tempo residuo	4	36%	11%
10	Coerenza tempo della variante su tempo trascorso dalla consegna	1	9%	3%
11	Aliquota di lavori già eseguiti	0	0%	0%
12	Presenza di accordo bonario	2	18%	5%
13	Presenza della transazione	0	0%	0%
	Totali	38	/	100%
	Numero medio delle criticità per variante	3,5	/	/

Fonte: ANAC

5.5 Le attività relative al sistema di qualificazione delle imprese

Nel corso del 2014 è proseguita l'attività di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese che operano nel settore dei lavori pubblici. Come noto tale attività prevede, da un

lato, l'accertamento del possesso, da parte delle SOA, dei requisiti richiesti dalle vigenti disposizioni normative, attraverso i controlli sulle modifiche dell'organico minimo, sulle cessioni delle quote e di ramo d'azienda, sulle modifiche dei membri dei consigli di amministrazione e sul possesso dei requisiti di indipendenza; dall'altro il controllo sulle attestazioni di qualificazione, su iniziativa d'ufficio o su segnalazione, mediane la verifica delle dichiarazioni rese ai fini del rilascio delle attestazioni.

Nell'ambito delle attività riferite alla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici particolare rilevanza ha assunto, nel corso del 2014, la predisposizione del "Manuale di Qualificazione delle imprese esecutrici di lavori di importo superiore a 150.000 euro", nel seguito denominato "Manuale", che fornisce agli operatori del settore indicazioni in materia di qualificazione per l'esecuzione di lavori di importo superiore a 150.000 euro, aggiornate sulla base di determinazioni, comunicati e deliberazioni emanati negli ultimi 15 anni (per un totale di circa 300 atti dal 1999 al 2014). Si riportano, di seguito, alcune delle principali questioni affrontate nel documento, che è comunque in continua evoluzione anche nell'ambito di un tavolo tecnico permanente con le SOA.

L'ambito di estensione delle verifiche in materia di indipendenza delle SOA

Il Manuale reca indicazioni circa le modalità di verifica del requisito di indipendenza delle SOA (art. 64, co. 4, del Regolamento) con riferimento all'individuazione dei soggetti, persone fisiche o giuridiche, sui quali compiere gli accertamenti e la documentazione idonea a tal fine. Le indicazioni sulle verifiche, pur rispecchiando la prassi già seguita dai competenti uffici dell'Autorità, contengono maggiori precisazioni in relazione a vari aspetti di rilievo quali il grado di parentela rilevante ai fini degli accertamenti (secondo grado, in analogia al disposto della l. 190/2012), l'ambito di estensione delle verifiche (che include i sindaci), le verifiche da effettuare nei confronti di soci persone giuridiche e la definizione di collegamento societario rilevante.

La qualificazione a seguito di cessione di ramo di azienda

Il Manuale ha costituito occasione per disciplinare, per la prima volta con criteri rigorosi, l'utilizzo delle cessioni di rami di azienda ai fini della comprova dei requisiti tecnico-economici e il conseguente rilascio dell'attestato di qualificazione. Alla luce dei gravi elementi distorsivi riscontrati nel mercato nel corso degli ultimi anni, dove si è fatto

ricorso alle cessioni da un'impresa all'altra ai fini del trasferimento meramente nominale di categorie e classifiche, senza il sostanziale passaggio dei requisiti necessari, si è reso necessario fornire un'interpretazione che vincoli operativamente le SOA all'utilizzo di criteri oggettivi di valutazione degli atti di trasferimento, riducendone i margini di discrezionalità e omogeneizzando i criteri valutativi in ordine all'apprezzamento della consistenza del complesso aziendale trasferito. I chiarimenti forniti dal Manuale muovono dall'assunto che l'esistenza di un contratto di cessione non ha un effetto automatico sull'efficacia o validità delle attestazioni già emesse e in corso di validità (ad esempio in possesso dell'impresa cedente), né ne produce *ex abrupto* di nuove (a favore dell'impresa cessionaria), in quanto a tal fine risulta indispensabile una valutazione, da parte delle SOA, circa l'effettivo trasferimento dei requisiti.

Il Manuale individua degli indicatori alla luce dei quali le SOA, che sono i soggetti deputati al rilascio della nuova attestazione alla cessionaria e al ridimensionamento o revoca di attestazione della cedente, devono verificare che il contratto prodotto dall'impresa cessionaria ai fini del rilascio di un attestato di qualificazione o dell'integrazione con nuove categorie e/o classifiche dell'attestato già in suo possesso, sia un contratto idoneo allo scopo e cioè sottenda effettivamente il trasferimento dell'azienda (o del ramo) e non si risolva, invece, in una mera cessione di beni produttivi o esternalizzazione di servizi, fattispecie irrilevanti ai fini dell'art. 76 del Regolamento.

In particolare, tra questi indicatori figurano:

- il volume d'affari dell'impresa dante causa riferito all'anno antecedente l'atto di trasferimento aziendale;
- le risorse umane atte a dimostrare l'operatività del ramo al momento del trasferimento nel settore individuato come afferente al complesso ceduto. Nella valutazione di tale indicatore le SOA dovranno verificare, in primo luogo, che nel trasferimento sia ricompreso uno staff minimo di personale connesso alla specificità e alle dimensioni dell'attività ceduta, atto a evidenziare la sussistenza di una struttura organizzativa che ricomprenda personale con funzioni amministrative e tecniche idonee a garantire lo svolgimento e la funzionalità dell'attività aziendale oggetto di cessione. Nella valutazione di tale parametro le SOA dovranno ulteriormente verificare che il personale trasferito ricomprenda professionalità tecniche con specifica competenza nel settore di attività ceduto,

quale elemento in grado di assicurare, sotto il profilo tecnico, la prosecuzione dell'attività aziendale e per la configurabilità dell'effettivo trasferimento del *know how*;

- la sussistenza di rapporti giuridici in corso, volta ad accertare che il ramo o l'azienda ceduti siano "vivi" e che l'operazione qualificata come cessione non sia solo uno stratagemma per il trasferimento meramente documentale di categorie e classifiche. Una volta appurata l'effettività della cessione, l'esperienza del ramo o dell'azienda ceduta verrà valutata nel rispetto dei criteri temporali (cinque anni) previsti dal Regolamento, ai fini della qualificazione della cessionaria.

È stato inoltre ribadito il divieto per l'impresa cessionaria di avvalersi dei requisiti provenienti dall'impresa colpita da sanzione interdittiva prima del decorrere di un anno dalla data del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità, onde porre rimedio al fenomeno distorsivo della cessione aziendale finalizzata all'elusione della sanzione. Nel Manuale è, altresì, precisato che in caso di affitto di ramo d'azienda (rientrante nella fattispecie dei contratti di durata), l'operatività della causa interdittiva a carico dell'impresa dante causa non consentirà all'impresa affittuaria di proseguire nell'utilizzo dei requisiti speciali oggetto di affitto durante il periodo di interdizione.

Il pagamento del corrispettivo alla SOA e i tempi di emissione/pubblicazione dell'attestato

Il Manuale chiarisce che il prezzo dovuto alla SOA, quale corrispettivo per lo svolgimento del procedimento di attestazione, deve essere interamente pagato prima del rilascio dell'attestazione medesima e, qualora entro il termine massimo previsto per la conclusione dell'istruttoria, il corrispettivo non sia stato integralmente versato, la SOA è tenuta a dichiarare il diniego dell'attestazione. È precisato che sono ammesse dilazioni non superiori a sei mesi ove, al momento del rilascio dell'attestazione, sia stata disposta e comunicata alla SOA l'autorizzazione di addebito in conto corrente bancario per l'intero corrispettivo. Inoltre, con riferimento all'attività prevista dall'art. 40, co. 9-*ter*, del Codice (procedimento di accertamento del possesso dei requisiti da parte di imprese attestate), è stato precisato che si tratta di un'attività obbligatoria e vincolata, la cui fonte risiede unicamente negli obblighi di legge e che, pertanto, non può rientrare nella disponibilità della SOA e non può formare oggetto di contrattazione con l'OE. È stato fatto divieto alle SOA di subordinare la pronuncia di decadenza e/o il rilascio dell'attestazione

ridimensionata, disposti all'esito del procedimento di cui al citato art. 40, co. 9-*ter*, al versamento di un corrispettivo da parte dell'impresa in applicazione di quanto previsto dall'art. 70, co. 5, del Regolamento.

L'obbligo dell'abilitazione per la realizzazione di impianti per categoria OG 11 e simili

Con riferimento all'attribuzione della qualificazione nelle categorie che prevedono l'esecuzione di lavorazioni per le quali è necessario il possesso da parte dell'impresa dell'abilitazione già prescritta dalla legge 5 marzo 1990, n. 46 (*Norme per la sicurezza degli impianti*) e ora dal decreto 22 gennaio 2008, n. 37 (*Regolamento concernente l'attuazione dell'articolo 11-quaterdecies, comma 13, lettera a) della legge n. 248 del 2 dicembre 2005, recante riordino delle disposizioni in materia di attività di installazione degli impianti all'interno degli edifici*), è stato chiarito che le SOA non possono condizionare il rilascio delle attestazioni nelle categorie OG9, OG10, OG11, OS3, OS4, OS5, OS9, OS14, OS16, OS17, OS19, OS22, OS27, OS28 e OS30, aventi ad oggetto l'installazione di impianti all'interno degli edifici, al possesso dei requisiti tecnico professionali di cui all'art. 4 del citato d.m. 37/2008. Ciò in quanto il possesso dell'abilitazione richiesta dalla legge deve intendersi non come requisito di qualificazione, bensì come requisito di esecuzione del contratto.

5.6 La vigilanza nel settore dei servizi e delle forniture

Nel settore dei servizi e delle forniture, l'azione di vigilanza dell'Autorità ha permesso di evidenziare numerosi criticità legate, soprattutto, al mancato rispetto dei principi dell'evidenza pubblica nell'affidamento di taluni servizi, anche in relazione all'assegnazione di contratti pubblici a società a partecipazione mista pubblico-privato o allo svolgimento da parte delle stesse di attività di centrale di committenza in violazione delle disposizioni di legge.

Nel seguito si riportano i casi che, a giudizio dell'Autorità, sono rappresentativi delle problematiche riscontrate nel settore.

Il caso Asmel

Nel 2015 l'ANAC ha concluso un'importante indagine avviata a seguito di numerose segnalazioni riguardanti le attività svolte da Asmel s.c.ar.l, una Società consortile a responsabilità limitata, costituita il 23 gennaio 2013, dal Comune di Caggiano,

dall'Associazione di enti locali Asmel e dal Consorzio Asmez, per operare come centrale di committenza per i comuni aderenti (attualmente circa 400). In particolare, i segnalanti avevano messo in dubbio la legittimità della gara bandita dalla predetta Società per la stipula di uno o più accordi quadro per l'affidamento in concessione dei servizi di accertamento dei tributi Ici/Imu e Tarsu-Tia/Tares e riscossione coattiva delle entrate degli enti locali soci dell'Associazione Asmel.

Attraverso una complessa istruttoria, l'Autorità ha riscontrato che il "sistema Asmel" prevede la possibilità, per qualsiasi comune italiano, di aderire all'associazione mediante deliberazione del consiglio comunale. Successivamente, con ulteriore deliberazione della giunta, lo stesso ente procede all'affidamento alla Società Asmel s.c.ar.l. delle proprie funzioni di acquisto; infine, nella determina a contrarre l'ufficio comunale competente affida a quest'ultima la gestione della specifica gara. Il sistema prevede che, attraverso la successiva adesione all'Associazione Asmel, gli enti locali possano usufruire anche dei predetti accordi-quadro già sottoscritti dalla stessa procedendo con ordinativo diretto agli OE privati risultanti aggiudicatari. In precedenza, prima dell'istituzione di Asmel, il Consorzio Asmez aveva svolto attività di centrale di committenza ed aveva bandito per i comuni consorziati numerose procedure finalizzate alla sottoscrizione di convenzioni alle quali i comuni consorziati avrebbero potuto aderire. Infine, si è riscontrato che i costi di funzionamento della centrale di committenza sono posti a carico degli aggiudicatari delle gare e che l'importo da versare - fissato in termini di percentuale sull'importo di aggiudicazione (1,5%) - è approvato mediante la determinazione a contrarre da parte dell'ente locale per il quale è svolta la procedura. In buona sostanza, in assenza di una previsione normativa che lo preveda, la Società Asmel ha realizzato un sistema attraverso il quale offre i propri servizi di intermediazione negli acquisti a tutti i comuni dell'intero territorio nazionale, mediante l'adesione successiva all'Associazione stessa. Inoltre, non essendo previsto un sistema che garantisca un "controllo analogo" da parte degli enti locali coinvolti, Asmel agisce come un soggetto del tutto autonomo da questi ultimi.

Nella deliberazione n. 32 del 30 aprile 2015, l'Autorità ha rilevato che il descritto sistema non è conforme alle norme che disciplinano la centralizzazione degli appalti degli enti locali, in ragione della presenza, seppur indiretta, di società private nella compagine consortile. L'Asmel, infatti, non è stata costituita direttamente da enti locali, in quanto oltre alla partecipazione per il 51% del capitale del Comune di Caggiano vi è quella di

Asmel, Associazione non riconosciuta, e del Consorzio Asmez costituito ai sensi dell'art. 2602 del *Codice civile*, ed entrambi i predetti Enti sono partecipati da società private. Oltretutto, dall'attività istruttoria è emerso che la partecipazione nell'Associazione Asmel e nel Consorzio Asmez delle società private ha consentito a queste ultime di svolgere un ruolo determinante nella promozione e nella gestione del sistema. È stata peraltro contestata l'operatività territoriale del tutto illimitata di Asmel, in quanto lo statuto della Società ammette adesioni successive di enti collocati sul territorio nazionale. Al contrario, dal quadro normativo nazionale emerge che per la centralizzazione degli appalti degli enti locali, il legislatore ha sempre fatto riferimento oltre che a province e città metropolitane, alle forme associative riservate, appunto agli enti locali (associazioni, unioni, consorzi o di accordi ai sensi dell'art. 30 del Testo Unico (t.u.)). Da ultimo, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 novembre 2014 (R*equisiti per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, secondo periodo, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, insieme con il relativo elenco recante gli oneri informativi*), che definisce i requisiti per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori, previsto dall'art. 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66 (*Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*), convertito con modificazioni dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, conferma che l'inclusione nello stesso elenco è riservata agli enti locali intermedi, ai quali siano state delegate le funzioni di acquisto dai comuni inclusi nel territorio di riferimento (città metropolitane e province).

Il "sistema Asmel" non ha le caratteristiche appena descritte e, pertanto, l'Autorità ha concluso che non rispondendo ai modelli organizzativi indicati dall'art. 33, co. 3-*bis*, del Codice, la Società certamente non può rientrare nel novero dei soggetti aggregatori, né può considerarsi legittimata ad espletare attività di intermediazione negli acquisiti pubblici, peraltro senza alcun limite territoriale definito. Conseguentemente, le gare poste in essere dalla predetta Società consortile Asmel devono ritenersi prive del presupposto di legittimazione. Quanto alla natura giuridica di Asmel s.c.a.r.l., nella delibera si contesta - anche in ragione dell'estraneità del "sistema Asmel" ai moduli operativi previsti dalla norma di cui al co. 3-*bis,* dell'art. 33, del Codice e alla fattispecie dell'*in-house* - la pretesa qualificazione del Consorzio Asmez e della Società Asmel quali organismi di diritto pubblico, ove si considerino anche le finalità e le circostanze che hanno condotto alla loro istituzione.

La gestione dell'aeroporto di Comiso

Nel corso del 2014 l'Autorità, con delibera CP n. 20 del 12 novembre 2014, ha concluso un complesso procedimento istruttorio per accertare la legittimità della gara ad evidenza pubblica bandita nel 2006 per la sottoscrizione di azioni di nuova emissione del capitale sociale della SO.A.CO. S.p.A., la Società per la gestione dell'aeroporto di Comiso.

Si tratta della procedura mediante la quale il Comune di Comiso ha ceduto - ad un socio privato - la quota di maggioranza della S.p.A. - in origine totalmente partecipata dallo stesso Comune - titolare della gestione dell'aeroporto, in forza di affidamento diretto disposto nel 2005 con atto di concessione di durata quarantennale; l'atto di concessione è stato adottato dallo stesso Comune, in quanto quello di Comiso è l'unico aeroporto civile italiano il cui sedime appartiene all'ente locale; tutti gli altri, invece, fanno parte del demanio aeronautico statale e sono affidati in comodato d'uso all'ENAC (Ente Nazionale per l'Aviazione Civile), il soggetto che si occupa di svolgere le procedure per l'affidamento per i gestori.

All'esito dell'esame della documentazione di gara sono emerse diverse criticità.

Una prima problematica riguardava la mancata esclusione dalla gara del raggruppamento che poi è risultato aggiudicatario, per difetto di alcuni requisiti di partecipazione, quali lo svolgimento delle attività di gestione aeroportuale nel rispetto degli standard internazionali e il possesso di una marginalità lorda percentuale non inferiore al 20%. Un'altra criticità atteneva alla mancata inclusione nell'oggetto della procedura in esame del servizio di gestione dell'aeroporto di Comiso, di cui la SO.A.CO. S.p.A. è concessionaria. Infatti, sebbene nel bando di gara fosse stato indicato quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'ulteriore documentazione era chiara nell'indicare che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in favore del migliore concorrente «inteso come soggetto avente i requisiti qualitativi individuati all'art. 5 del presente bando che ha effettuato l'offerta più alta rispetto al prezzo base». In buona sostanza, non si è previsto di effettuare alcuna valutazione delle offerte tecniche, anche se il *partner* privato aggiudicatario della procedura avrebbe poi acquisito la maggioranza delle azioni della Società, ottenendo al contempo anche il controllo dominante sulla gestione della SO.A.CO. e, conseguentemente, sul servizio alla stessa assegnato. Al contrario, intendendo la SA selezionare il socio privato di maggioranza, avrebbe dovuto bandire una

procedura di evidenza pubblica nelle forme previste dal Codice dei contratti pubblici per l'affidamento di appalti o concessioni, mediante gara a c.d. "doppio oggetto."

Tuttavia, ben prima del consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale sulla gara a doppio oggetto, per le società miste in materia di servizi pubblici locali degli enti territoriali e - per effetto del rinvio contenuto nella legislazione speciale all'art. 10, co. 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (*Interventi correttivi di finanza pubblica*) - anche per quelle operanti nel settore della gestione aeroportuale, il legislatore nazionale aveva in qualche modo affermato che, nel caso specifico di costituzione di società mista a prevalente capitale privato, vi è l'obbligo di conformare la gara per la scelta del socio a quelle per l'affidamento di appalti e concessioni, valutando le offerte in base alle modalità di esecuzione del servizio e ad un piano economico-finanziario (PEF); la motivazione deve essere ricercata nella considerazione che non può esservi partecipazione maggioritaria senza controllo della gestione del servizio. Infatti, per lo specifico settore concernente la gestione dei servizi e la realizzazione delle infrastrutture degli aeroporti, è l'art. 10, co 13, della l. 537/1993 a prevedere che siano costituite apposite società di capitale, alle quali possono partecipare anche le regioni e gli enti locali interessati.

In seguito, con il decreto 12 novembre 1997, n. 521 (*Regolamento recante norme di attuazione delle disposizioni di cui all'art. 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 […]*) sono stati stabiliti i criteri per l'applicazione della richiamata disposizione, secondo cui, ai fini della costituzione di una società mista per la gestione aeroportuale, valgono le regole poste dal decreto del Presidente della Repubblica del 16 settembre 1996, n. 533 (*Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali*) in materia di servizi pubblici locali.

Nello specifico occorre, dunque, riferirsi alle norme procedurali del predetto regolamento, secondo il quale nelle gare per l'individuazione del socio privato di maggioranza, la lettera d'invito deve specificare «gli elementi che dovranno essere indicati nell'offerta e che saranno valutati ai fini della scelta del contraente, con particolare riferimento ad un piano economico-finanziario, esteso all'intero arco temporale indicato nel bando, nel quale siano specificate, fra l'altro: le caratteristiche tecniche del servizio; le condizioni economiche che saranno praticate all'utenza, eventualmente anche sotto forma di tariffe differenziate per fasce; gli eventuali servizi accessori».

La finalità della normativa sulla costituzione di società miste a prevalente capitale privato è certamente quella di garantire l'imparzialità della scelta del contraente, considerando anche che il socio di maggioranza è colui che conduce l'azione sociale, identificandosi necessariamente con il gestore del servizio.

Pertanto, la scelta del predetto socio deve avvenire con le stesse modalità che la legge prescrive per l'aggiudicazione di un contratto d'appalto o di una concessione di servizi. Infatti, per le società di gestione dei servizi pubblici locali a prevalente capitale privato, la selezione mediante gara (intesa come appalto-concorso di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (*Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*), con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa) è stata prevista normativamente dal d.p.r. 533/1996, mentre i contrasti interpretativi superati con le indicazioni della Corte di Giustizia sull'obbligo di gara a doppio oggetto, hanno riguardato il modello della S.p.A. a capitale pubblico maggioritario. La motivazione di tale circostanza può essere rinvenuta nella considerazione che - in base alle disposizioni del *Codice civile* sulle società di capitali - non può esistere partecipazione maggioritaria, da cui non consegua il controllo della gestione della società ed al contempo del servizio ad essa affidata.

Alle suesposte conclusioni, in ragione di quanto previsto dal co. 3, dell'art. 2, del d.m. 521/1997 potrebbe opporsi - come, infatti, prospettato dalla SA - che quando l'intero pacchetto di maggioranza di proprietà dello Stato o di altro ente pubblico sia ceduto al privato, in un momento successivo alla costituzione della società, possono essere applicate le sole procedure di cui al decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 (*Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*) e non più le disposizioni del d.p.r. 533/1996. In altri termini, in questi casi si tratterebbe di applicare - come in effetti avvenuto per la cessione delle azioni della SO.A.CO. S.p.A.- non le disposizioni sull'evidenza pubblica di cui al Codice, ma le sole regole generali previste per la dismissione delle partecipazioni societarie dello Stato (art. 1, co. 2, del citato decreto).

Tuttavia, l'Autorità ha ritenuto che una tale interpretazione è contraria alle disposizioni ed ai principi comunitari in materia di affidamenti pubblici di appalti e concessioni. Infatti, trattandosi di società costituita per la gestione di un servizio pubblico, deve comunque escludersi che un privato - attraverso l'acquisto successivo dell'intero pacchetto di

maggioranza - possa acquisirne l'affidamento, senza il previo esperimento di un confronto concorrenziale, nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto il servizio. Nel caso esaminato, infatti, non si è realizzata una mera modificazione della compagine societaria, ma attraverso l'acquisto della titolarità della maggioranza delle azioni, il privato è stato immesso nella gestione di un servizio pubblico in regime di monopolio naturale - quale è quello concernente la gestione aeroportuale - che in precedenza era nella titolarità dell'ente pubblico affidante, seppure attraverso la società di gestione.

Pertanto, l'Autorità ha concluso che il Comune di Comiso avrebbe dovuto conformarsi alle regole previste dal d.p.r. 533/1996.

Il cabotaggio marittimo nella Regione Sardegna

Nel corso del 2014, con la delibera CP n. 4 del 16 settembre 2014, l'Autorità ha affrontato anche la questione della privatizzazione dei servizi di cabotaggio marittimo da parte di due Società della Regione Sardegna.

Con riferimento alla privatizzazione della Società Saremar, la problematica ha riguardato il mancato avvio di una procedura ad evidenza pubblica per la selezione del soggetto affidatario del servizio pubblico per il cabotaggio regionale da parte della Regione autonoma della Sardegna, nonché il reiterato affidamento del servizio alla Saremar a decorrere dal 31 dicembre 2008 (data di scadenza della convenzione originaria per la gestione del servizio stipulata tra lo Stato Italiano e la Saremar nel 1991), tramite una serie di proroghe, senza ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica.

Anche per l'anno 2013, a seguito dell'adozione da parte della Giunta della Regione autonoma della Sardegna di alcune delibere, l'Ente ha disposto la proroga in favore di Saremar dei servizi dal 1 gennaio 2013 al 31 marzo 2013 (a fronte del riconoscimento della somma di 7.500.000,00 euro per la copertura del fabbisogno finanziario), prevedendo anche un'ulteriore proroga «fino all'aggiudicazione della procedura di privatizzazione che si stima possa avvenire nel mese di giugno 2013», cioè senza alcuna scadenza. In precedenza questi servizi erano stati affidati direttamente a Saremar con un contratto di servizio denominato "contratto ponte" (stipulato il 5 novembre 2012 per il periodo 1 agosto 2012 - 30 novembre 2012, verso un corrispettivo di 5 milioni di euro), integrato con due successivi atti aggiuntivi (rispettivamente del 15 novembre 2012 e del 20

dicembre 2012 verso il corrispettivo di 1.159.234,00 euro), a fronte di un corrispettivo complessivo di 6.159.234,00 euro. Si è rilevato che la norma della legge regionale 15/2012 (*Disposizioni urgenti in materia di trasporti*) che stabilisce l'affidamento diretto, *ex lege*, a Saremar del servizio in esame, nelle more della procedura di privatizzazione della stessa e sino alla sua conclusione, ha trovato piena attuazione in virtù di vari atti.

La Regione Sardegna, dunque, dopo oltre cinque anni dalla scadenza delle convenzioni iniziali, stipulate con lo Stato italiano per la disciplina dei servizi di trasporto marittimo, non ha proceduto ad avviare la gara a doppio oggetto per la selezione del soggetto privato cui affidare i servizi pubblici di cabotaggio marittimo regionale e, piuttosto, ha dato vita a ripetute proroghe di detti servizi in favore del gestore Saremar, in assenza di qualsivoglia procedura competitiva, mediante adozione di atti amministrativi e normativi a ciò finalizzati, nonostante la descritta censura della Commissione europea.

Si rileva, infine, che tale condotta è anche in palese contrasto con il parere motivato *ex* art. 258 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE) della Commissione europea del 21 giugno 2012 che nella procedura d'infrazione 2007/4609, avente ad oggetto "Erronea applicazione delle norme comunitarie in materia di cabotaggio marittimo", ha concluso che la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all'art. 4 Reg. (CEE) n. 3577/92, poiché non ha posto in essere procedure concorrenziali per l'aggiudicazione dei contratti di servizio di cabotaggio marittimo e per ciò stesso ha invitato la Repubblica italiana ad assumere le disposizioni necessarie per conformarsi al parere stesso, entro due mesi dal ricevimento, cioè entro il 22 agosto 2012; è evidente che la Regione Sardegna non ha avviato la gara *de qua* né ha adottato atti amministrativi e normativi idonei a conformarsi al citato parere della Commissione europea.

L'Autorità ha concluso l'istruttoria affermando, tra l'altro, che nell'affidamento del servizio di cabotaggio marittimo regionale, la Regione autonoma della Sardegna ha operato in contrasto con le norme comunitarie e nazionali vigenti in materia di servizi di cabotaggio marittimo e di contratti pubblici per l'acquisto di beni e servizi nonché con le norme sulla privatizzazione delle società dell'*ex* gruppo Tirrenia.

Capitolo 6

Le misure straordinarie per la gestione dei contratti pubblici

6.1 La prevenzione della corruzione nell'evento Expo 2015

L'introduzione di forme speciali di controllo nelle procedure di gara e negli atti di affidamento di opere e servizi, nonché nella successiva fase di esecuzione contrattuale, si rivela di importanza strategica nel caso di progetti per la realizzazione di grandi infrastrutture ed eventi, in cui l'esigenza di rispettare un termine finale improrogabile (come nel caso delle esposizioni universali, dei giochi olimpici o dei mondiali di calcio), associata a pianificazioni errate ed alla disponibilità di ingenti risorse economiche, comporta, generalmente, un aumento esponenziale del rischio di deviazioni corruttive.

Negli ultimi anni, essendosi dato impulso in tutto il mondo alla progettazione di tali opere ed eventi, è divenuto di grande e crescente attualità il tema delle procedure da implementare per il controllo e la vigilanza sul corretto utilizzo delle risorse, soprattutto di natura pubblica. Allo stato attuale, tuttavia, non sono stati ancora consolidati strumenti in grado di coniugare efficacia dei controlli e rispetto dei tempi di realizzazione delle opere.

L'evento Expo Milano 2015, destinato ad accogliere visitatori provenienti da varie parti del mondo, ha rappresentato una grande e importante sfida per il nostro Paese e ha richiesto lo sforzo congiunto di una molteplicità di attori istituzionali. L'urgenza di realizzare importanti opere ed allestimenti di vario genere entro la data di apertura, avvenuta per il 1 maggio 2015, lo stanziamento di ingenti risorse economiche e la situazione generalizzata di allarme sociale, creatasi all'indomani delle note vicende giudiziarie su importanti appalti legati all'organizzazione dell'evento, hanno reso necessaria l'introduzione di disposizioni *ad hoc* e strumenti efficaci, al fine di prevenire e contrastare i fenomeni corruttivi.

Tale intervento è stato realizzato con il d.l. 90/2014 il quale chiarisce, fin dalle premesse, che la *intentio legis* è quella di «introdurre disposizioni volte a garantire un miglior livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici, anche con

riferimento al completamento dei lavori e delle opere necessarie a garantire lo svolgimento dell'evento Expo 2015».

6.1.1 I poteri speciali del Presidente connessi a Expo 2015

Per garantire che la realizzazione dell'Esposizione universale avvenisse in un regime di legalità controllata, il legislatore ha costituito un presidio di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse all'evento, coordinato dal Presidente dell'Autorità.

L'art. 30 del d.l. 90/2014, in particolare, attribuisce speciali poteri al Presidente dell'Autorità, per l'esercizio dei quali può avvalersi del supporto di una UOS da costituire senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e che è tenuta ad operare fino all'ultimazione delle procedure e comunque non oltre il 31 dicembre 2016.

Con il supporto dell'UOS, il Presidente è stato chiamato a verificare preventivamente, anche attraverso l'esercizio di poteri ispettivi, la legittimità degli atti relativi all'affidamento e all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento, con particolare riguardo al rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza di cui alla l. 190/2012, nonché per quanto di competenza, al corretto adempimento, da parte della Società Expo e delle altre SA, degli accordi in materia di legalità sottoscritti con la Prefettura di Milano.

In esecuzione di tali previsioni, si è proceduto alla costituzione della predetta UOS, articolata in un ufficio di staff e in un ufficio per la vigilanza e il controllo cui sono state affidate le attività di verifica, ispezione ed analisi. Quest'ultimo ufficio è composto da tre ispettori della Guardia di Finanza collocati fuori ruolo e da un ufficiale superiore con il grado di colonnello, con compiti di coordinamento da attuare in diretta collaborazione con il Presidente dell'Autorità. La composizione dell'UOS è stata progressivamente integrata con successivi provvedimenti, al fine di dotarla di ulteriori specifiche professionalità nel campo dei contratti pubblici e dei rapporti internazionali.

Il dettato normativo, tuttavia, non contiene indicazioni né sul *modus operandi*, né sugli atti da sottoporre a controllo. Le uniche coordinate attengono alle due fasi oggetto delle procedure di controllo, ovvero la fase di gara e quella dell'esecuzione contrattuale.

In assenza di previsioni specifiche, questa Autorità ha privilegiato un'interpretazione estensiva della norma e, con le "Linee Guida per l'esercizio dei compiti di alta

sorveglianza e di garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento Expo Milano 2015", nel seguito denominate "Linee guida Expo", sottoscritte insieme alla Società Expo, il 17 luglio 2014, si è prevista la sottoposizione al controllo preventivo di legittimità di innumerevoli atti e documenti, dalla proposta di determinazione a contrarre, agli atti di gara quali bandi, disciplinari, capitolati, schemi di contratto, provvedimenti di aggiudicazione, fino agli atti propri della fase di esecuzione contrattuale, tra i quali perizie di variante, sospensioni del rapporto, gravi inadempimenti.

Al fine di evitare che il numero eccessivo di atti oggetto di verifica preventiva svilisse l'efficacia del controllo, sono state introdotte disposizioni *ad hoc* per deflazionare e semplificare il flusso documentale, quali la predisposizione di una piattaforma di condivisione e l'individuazione di una serie di atti esclusi dalle verifiche.

Per quanto attiene, invece, all'*iter* procedimentale, le Linee guida Expo, nel vuoto normativo, hanno previsto l'invio degli atti, prima della formale adozione, a un referente dell'ANAC all'uopo individuato. L'Autorità, ricevuto l'atto, formula un parere *ad hoc*, corredandolo eventualmente di osservazioni. Si è previsto, infine, che il parere negativo debba essere congruamente motivato e trasmesso, con la specificazione dei rilievi effettuati, alla SA.

In linea generale, il congegno ideato dal legislatore, pur in assenza di un sistema sanzionatorio, ha funzionato grazie alla stretta collaborazione e rapidità di intervento dell'UOS.

Anche la previsione contenuta nell'art. 19 del decreto legge 90, con cui si attribuisce al Presidente dell'Autorità la possibilità di formulare proposte nei confronti del Commissario unico delegato del Governo e della Società Expo 2015 S.p.A., risulta espressione di un mero potere propositivo privo di efficacia cogente, preordinato a creare un rapporto collaborativo e a promuovere un flusso di documenti e informazioni.

In ossequio a quanto previsto dal legislatore, sono state formalizzate, il 7 luglio 2014, le "Proposte per la corretta gestione delle procedure di appalto ex art. 19 d.l. 24 giugno 2014 n. 90" e il successivo 19 settembre 2014, le "Proposte al Commissario unico delegato del Governo per l'Expo Milano 2015 e alla Società Expo 2015 S.p.A. per la corretta gestione delle procedure d'appalto ex art. 19, comma 7, del d.l. n. 90/2014, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 114/2014".

Con tali documenti sono state rivolte alla Società Expo specifiche raccomandazioni, organizzate in base alle diverse fasi della procedura di gara, individuando sia comportamenti da evitare nella predisposizione degli atti, sia comportamenti da tenere nella nomina della commissione giudicatrice, nella valutazione dell'offerta e nell'esecuzione contrattuale.

Un apprezzabile elemento di novità è stata, invece, la previsione normativa di un controllo preventivo di legittimità anche sul corretto adempimento, da parte delle SA, degli accordi in materia di legalità sottoscritti con la Prefettura di Milano. Tale previsione, soprattutto se letta unitamente alla disposizione in forza della quale il Presidente può partecipare alle riunioni della Sezione Specializzata del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere presieduta dal Prefetto di Milano, sembra dare corpo alla volontà di ampliare l'ambito di operatività dei protocolli di legalità ben oltre il tradizionale campo delle infiltrazioni mafiose. La *ratio*, che ha trovato la piena condivisione di questa Autorità, è quella di creare un collegamento, anche a livello normativo, tra le attività antimafia e quelle di prevenzione della corruzione e di predisporre strumenti di portata più generale contro le interferenze illecite negli appalti pubblici. E proprio in quest'ottica è stato stipulato tra la Prefettura di Milano e la Società Expo 2015 S.p.A. un atto aggiuntivo in materia di anticorruzione al protocollo di legalità sottoscritto il 13 febbraio 2012, in forza del quale la Società si impegna a garantire all'Autorità il flusso informativo necessario all'esercizio del potere di controllo e a inserire nei contratti, ove l'ANAC lo ritenga opportuno, specifici obblighi a carico dei soggetti affidatari, a pena di risoluzione.

6.1.2 L'attività svolta dall'UOS

Dalla data della sua istituzione fino al 20 maggio 2015, l'UOS ha sottoposto a controllo e verifica 194 atti, tra bandi, accordi transattivi, varianti, contratti di sponsorizzazione, convenzioni, nomina di commissioni giudicatrici ed aggiudicazioni.

Tabella 6.1 Atti controllati dalla UOS dalla sua istituzione al 20 maggio 2015

Tipologia	Numero	ESITI		
		Rilievi di legittimità/ opportunità	Controdeduzioni	Procedure concluse
Procedure/Bandi	121	97	87	71
Accordi transattivi	3	0	1	0
Varianti	6	3	3	1
Sponsorizzazioni	3	3	3	3
Convenzioni	4	4	1	0
Commissioni di gara	15	3	3	3
Aggiudicazioni	42	28	21	21
Totale	**194**	**138**	**119**	**99**

Fonte: ANAC

Le 194 procedure di controllo effettuate, come si evince dalla tabella 6.1, hanno dato esito a rilievi di illegittimità e/o inopportunità in 138 casi, in ordine ai quali la Società Expo ne ha controdedotte 119. Di queste, sono 99, allo stato attuale, i casi in cui, all'esito dell'interlocuzione con l'Autorità, la Società ha recepito i rilievi formulati nel parere e ha messo in atto meccanismi di adeguamento, mentre 20 procedure sono ancora *in itinere*, in attesa di riscontro.

Quanto al *modus operandi*, la UOS ha effettuato i controlli preventivi attraverso la verifica della documentazione trasmessa dalla Società Expo e ne ha documentato gli esiti in apposite *check list*, sulla base delle quali l'Autorità ha formulato i relativi pareri.

Per ciò che concerne le varianti di cui all'art. 132, co. 1, del Codice dei contratti pubblici, sono state sottoposte a verifica, in conformità a quanto stabilito nelle Linee guida Expo, le perizie di importo superiore al 5% rispetto a quello del contratto originario e comunque non inferiore a 2 milioni di euro.

I controlli hanno investito anche i criteri per la costituzione delle commissioni giudicatrici, con verifiche *ad hoc* sull'insussistenza di cause di incompatibilità in capo ai membri - sulla scorta di una *check list* dedicata - con particolare riferimento agli eventuali rapporti con i soggetti offerenti/aggiudicatari.

Infine, si è proceduto a uno *screening* approfondito dell'OE aggiudicatario/affidatario anche con in merito agli eventuali rapporti con la SA.

Le attività di controllo hanno richiesto incontri periodici, in una prima fase con cadenza settimanale, tra l'Autorità e la Società Expo, al fine di semplificare e rendere più celere lo scambio di informazioni e le soluzioni alle varie problematiche via via insorte.

6.1.3 Il protocollo di intesa con l'OCSE

Accanto alla costituzione, alla regolamentazione e alla messa a regime del presidio di legalità sinteticamente descritto, l'Autorità si è adoperata, sin dalla prima fase di operatività della UOS, per testare l'efficacia del meccanismo di controllo congegnato, anche nell'ottica di sperimentare e mettere alla prova un modello più generale di collaborazione istituzionale, preordinato alla verifica di importanti progetti di infrastrutturazione e grandi eventi, mediante il ricorso a standard internazionalmente riconosciuti, per ricavarne indicazioni metodologiche e buone pratiche, potenzialmente generalizzabili.

In tale prospettiva e con l'obiettivo di avere come parametro di riferimento le metodologie migliori, studiate e sperimentate a livello internazionale, come già anticipato nel capitolo 3, nell'ottobre 2014 l'Autorità ha sottoscritto un protocollo di intesa con l'OCSE, che da anni è in prima linea nell'attività di prevenzione della corruzione in tutto il mondo.

Gli obiettivi perseguiti possono così sintetizzarsi: incrementare la trasparenza e l'*accountability* delle procedure relative agli appalti di Expo 2015; aumentare la fiducia nel grande evento "Expo Milano 2015" da parte degli investitori, degli attori e dei portatori di interesse; identificare le potenziali cause e le eventuali manifestazioni della corruzione; rafforzare il *know-how* delle due istituzioni in materia di prevenzione e contrasto delle tangenti e della corruzione.

Per l'attuazione del protocollo, l'OCSE si è avvalso di un *Advisory Board*, composto da tre rappresentanti dell'istituzione, incaricati di condividere con l'Autorità le proprie conoscenze e, in generale, il bagaglio di esperienze dell'organizzazione sulle più avanzate metodologie e le *best practice* nel campo del controllo degli appalti e della prevenzione e contrasto delle tangenti e della corruzione, nonché di organizzare eventi congiunti e altre iniziative.

L'*Advisory Board*, sulla base delle informazioni e dei dati raccolti, ha elaborato con cadenza periodica un *report* contenente una valutazione sullo stato di avanzamento e sugli esiti delle

attività di controllo e vigilanza messi in atto dall'ANAC, nonché sulla correttezza e sulla trasparenza delle procedure.

Il protocollo, di durata annuale, è stato, peraltro, concepito come aperto a "*outcome*" riconducibili ad un orizzonte temporale più ampio dello stesso evento da cui ha tratto origine. In una prospettiva più generale, infatti, si aspira a mettere a confronto le esperienze maturate in diverse parti del mondo sulle migliori pratiche di monitoraggio e controllo di grandi progetti infrastrutturali; a elaborare metodologie e pratiche che consentano il bilanciamento tra l'integrità e la celerità dei lavori, nei grandi progetti di infrastrutturazione e di organizzazione dei grandi eventi con date improrogabili di apertura; a trarre insegnamenti dalle esperienze e dalle *best practice* messe in campo, al fine di generalizzarle e sottoporle all'attenzione degli attori impegnati internazionalmente nello studio e nell'applicazione di procedure di controllo delle grandi opere ed eventi.

6.1.4 Le attività svolte e i risultati conseguiti nella collaborazione con l'OCSE

Con la sottoscrizione del citato protocollo di intesa, l'Autorità si è impegnata a mettere a disposizione dell'*Advisory Board* dell'OCSE tutte le informazioni e i dati relativi all'attività di controllo operata sull'evento Expo.

La consolidata esperienza dell'OCSE in diverse parti del mondo dimostra che un sistema affidabile di appalti pubblici necessita di regole e procedure semplici, chiare e aperte alla partecipazione degli OE, di istituzioni che gestiscano e controllino le procedure contrattuali in modo efficace, di appropriati sistemi di controllo informatizzati, di risorse umane adeguatamente formate, di accurati sistemi di gestione e monitoraggio in ogni fase delle procedure[35].

Sulla base di tali presupposti, l'OCSE ha fornito il proprio contributo mediante osservazioni, raccomandazioni ed analisi sulle procedure di controllo adottate, nel corso di riunioni, videoconferenze e contatti diretti e continui con i membri della UOS e con altri portatori di interesse, e ha elaborato due *report*, a fine dicembre 2014 e a fine marzo 2015.

Durante i primi mesi di collaborazione, l'OCSE ha condotto un'analisi su alcuni documenti forniti dall'Autorità, focalizzandosi sulla metodologia di controllo dell'integrità

[35] Nell'esercizio del suo ruolo, l'OCSE ha fatto riferimento alla cornice analitica in precedenza sviluppata nella sua attività internazionale relativamente all'efficienza, integrità e concorrenza negli appalti pubblici, con particolare riguardo alle *Raccomandazioni del 2015* dell'OCSE sugli appalti pubblici, alle *Linee guida* dell'OCSE del 2009 e alle *Raccomandazioni* dell'OCSE del 2012 per combattere la collusione negli appalti pubblici (a cui nel testo si fa riferimento come "principi").

e della trasparenza delle procedure, sul modello di *governance* e sugli accordi tra gli attori istituzionali coinvolti.

I risultati di tale analisi sono stati illustrati nel richiamato primo *report* di fine dicembre 2014, nel quale si è riconosciuto che l'introduzione di un organismo di supervisione, coordinato dal Presidente dell'Autorità, ha mutato il preesistente modello di *governance* degli appalti e ha aggiunto un efficace livello di controllo, in una cornice istituzionale di portatori di interesse (governo, regione, comune, organismi di controllo interno e esterno, etc.) preesistente e già molto articolata. È stato, inoltre, evidenziato come l'introduzione di un controllo ex ante sia adeguato per l'applicazione di misure di integrità addizionali, necessarie in considerazione dei recenti eventi connessi a Expo.

L'OCSE ha analizzato anche gli strumenti e le procedure di controllo adottati per la verifica in via preventiva della legittimità degli atti relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti, ovvero le linee guida, le raccomandazioni e le *checklist* dettagliate sviluppate dalla UOS.

In particolare, con specifico riferimento alle raccomandazioni sopra citate, nella parte in cui si è previsto che la SA deve tendenzialmente evitare di ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nei casi di affidamenti di beni e servizi standardizzati, l'OCSE ha riconosciuto che, sebbene in generale tale previsione potrebbe limitare il conseguimento della qualità delle prestazioni in rapporto al prezzo, tuttavia, considerando il contesto specifico, si è trattato di una scelta opportuna e necessaria, tenuto conto del contesto di Expo e dei casi di corruzione emersi o potenziali.

L'utilizzo di *checklist*, in relazione alle quali la UOS ha elaborato sette modelli per le diverse tipologie di procedure contrattuali e le diverse fasi, è stato valutato favorevolmente dall'OCSE, trattandosi di uno strumento ampiamente utilizzato e raccomandato.

In occasione dell'elaborazione del primo *report*, è stata condotta un'analisi specifica anche sulla "trasparenza" delle informazioni pubblicate sul sito istituzionale della Società Expo e attraverso altri canali analoghi. È stato verificato, in particolare, come la Società abbia sviluppato, soprattutto negli ultimi mesi, numerosi strumenti per comunicare le misure di trasparenza adottate con riferimento ai contratti stipulati.

Tali indicazioni sono state pubblicate sul sito dell'evento, nell'apposita sezione "Amministrazione trasparente", che dopo l'intervento dell'ANAC, si è progressivamente

arricchita di ulteriori informazioni, sempre più fruibili, grazie anche all'organizzazione raccomandata dall'Autorità ed alla pubblicazione dei dati in formato aperto.

È stato giudicato positivamente anche il percorso avviato con la piattaforma "*Open Expo*" che mette a disposizione dei cittadini le informazioni riguardanti la gestione, la progettazione, l'organizzazione e lo svolgimento dell'Esposizione universale. Si tratta di strumenti che hanno consentito di migliorare l'*accountability* e di costituire un presidio "rafforzato", attraverso il controllo diffuso di tutta la collettività, contribuendo ad aumentare la fiducia da parte degli *stakeholder*.

In una seconda fase, l'OCSE ha condotto un'analisi approfondita dei controlli effettuati dalla UOS, che è stata oggetto del secondo *report*, presentato il 31 marzo 2015, in occasione del già citato convegno internazionale "Promuovere l'integrità degli appalti pubblici per la realizzazione di grandi infrastrutture e grandi eventi. La vigilanza degli appalti pubblici di Expo Milano 2015".

In particolare, per elaborare l'analisi, sono state prese in considerazione le 153 procedure contrattuali, per un valore totale di 589 milioni di euro, controllate dalla UOS dal momento della sua istituzione fino al 16 marzo 2015 e sono state approfondite cinque di esse (selezionate per importo complessivo, caratteristiche e tipologia).

Nella prima fase di lavoro, dal luglio al dicembre 2014, il tempo medio di risposta della UOS, dal momento della ricezione della documentazione inviata dalla Società Expo, è stato di tre giorni. A partire dal gennaio 2015, con l'intensificarsi dei lavori e con il relativo incremento delle procedure, il tempo medio di risposta è passato a cinque giorni, una *performance* che, consentendo alle procedure contrattuali della SA di andare avanti senza interruzioni e ritardi, è stata qualificata dall'OCSE come una buona pratica secondo gli standard internazionali degli organismi di controllo.

L'OCSE ha proceduto a verificare anche il recepimento di indicazioni e raccomandazioni e, più in generale, del flusso dei controlli effettuati, analizzando in maniera approfondita cinque procedure di appalto controllate dalla UOS, di importo complessivo di circa 250 milioni di euro.

Tabella 6.2 Procedure selezionate per ulteriori analisi

Procedure	Importo (euro)	Tipologia
Linee guida Accordo piastra	178.000.000	Accordo transattivo
Servizi di vigilanza	23.580.852	Bando
Sistema viario Molino Dorino - Autostrada dei Laghi	20.994.000	Bando
Realizzazione Albero della vita - Allestimenti tecnologici	3.829.439[36]	Bando con sponsorizzazione
Sponsorizzazione Intesa San Paolo "*banking partner*"	23.100.000	Sponsorizzazione
Totale	**249.504.291**	

Fonte: ANAC

Per tali procedure contrattuali l'OCSE ha effettuato verifiche puntuali e ha constatato l'applicazione rigorosa, da parte della UOS, della metodologia di controllo predisposta per Expo, anche nei casi in cui, come quello dei contratti di sponsorizzazione, la verifica da parte dell'unità non era obbligatoria, in quanto esclusi dall'ambito di applicazione delle Linee guida Expo.

Infine, negli ultimi mesi, l'*Advisory Board* ha interagito direttamente, in diversi *meeting* e riunioni di lavoro, sia con rappresentanti dell'ANAC e della Società Expo, sia con altri portatori di interesse, come i vertici della Prefettura di Milano.

In tale contesto, al fine di approfondire le varie modalità di controllo adottate, l'*Advisory Board* si è riunito con il Presidente dell'ANAC, alcuni membri dell'UOS, il Prefetto di Milano, il Capo di Gabinetto e alcuni dirigenti di staff che seguono l'attività della Sezione Specializzata del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere (CCASGO) istituita presso la Prefettura di Milano.

Nel corso degli incontri, sono state oggetto di analisi anche le procedure di controllo antimafia condotte dal Prefetto di Milano sugli appalti delle opere Expo, ai sensi dell'art. 3-*quinquies* del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135 (*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*) convertito con modificazioni dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, che gli attribuisce il coordinamento delle attività finalizzate alla prevenzione delle infiltrazioni della criminalità

[36] Il valore totale dell'appalto è di 10 milioni di euro, il restante importo è conferito da un contratto di sponsorizzazione.

organizzata nell'affidamento ed esecuzione dei contratti e delle *Linee guida antimafia*, approvate dal CCASGO. Tali controlli, hanno dato luogo all'adozione di 80 informazioni interdittive antimafia a carico di 55 imprese[37] e rappresentano, senza dubbio, la più imponente attività di verifica di questa tipologia posta in essere nel nostro Paese su un'opera pubblica.

6.2 Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese

6.2.1 L'art. 32 del d.l. 90/2014

Nell'ambito della complessiva manovra di riorganizzazione dell'Autorità, attuata con il citato d.l. 90/2014, l'art. 32 riveste un significativo rilievo, in quanto ha introdotto le «misure straordinarie di gestione sostegno e monitoraggio delle imprese». In particolare, con le citate disposizioni ha fatto ingresso nel nostro ordinamento il commissariamento a fini anticorruzione, un istituto assolutamente innovativo e di grande efficacia nella prospettiva del contrasto in via amministrativa e preventiva della corruzione, ma di notevole complessità applicativa e interpretativa, anche con riferimento ai paventati dubbi di coerenza con i principi generali del diritto, *in primis* di rango costituzionale.

Si tratta, invero, di una norma molto controversa e discussa che ha destato rilevanti perplessità tra gli studiosi del diritto, che ne hanno evidenziato in più occasioni le criticità sotto il profilo operativo e non hanno mancato di sottolinearne le preoccupazioni in un'ottica di rispetto dei principi costituzionali, soprattutto a fronte dei presupposti applicativi individuati dal legislatore, ritenuti vaghi, indeterminati ed esposti, in quanto tali, al rischio di interpretazioni eccessivamente discrezionali, se non addirittura arbitrarie.

In ordine a tali presupposti, infatti, accanto a ben individuate fattispecie di reato, il legislatore attribuisce rilievo anche a «rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto» (art. 32, co. 1).

Come si avrà modo di illustrare diffusamente nel paragrafo successivo, l'impegno costante dell'Autorità è stato volto a superare in via interpretativa le criticità riscontrate nella norma e ad ancorare, in un'ottica di tutela dei diritti dei terzi, le nuove misure a consolidati istituti di garanzia, pur senza mai trascurarne la *ratio*. In questa prospettiva, i nuovi strumenti sono stati intesi come misure di natura cautelare preordinati, in una logica

[37] Il dato è aggiornato a maggio 2015. Per i dettagli si veda il sito della Prefettura di Milano.

di prevenzione della corruzione, a porre gli appalti pubblici al riparo da condizionamenti illeciti, a salvaguardare i tempi di esecuzione delle commesse e ad evitare che le indagini della magistratura su fatti illeciti connessi alla gestione di appalti possano causare ritardi nell'esecuzione delle opere pubbliche o pregiudicare la prestazione di servizi, soprattutto laddove si tratti di servizi indifferibili ai quali deve essere garantita la necessaria continuità. Si tratta, dunque, di misure straordinarie e di natura temporanea adottate nell'esercizio di un *munus* pubblico, nell'ottica di salvaguardare interessi pubblici o collettivi di rango superiore.

Un altro obiettivo perseguito dalla norma è di impedire che l'esigenza di prosecuzione dell'appalto o della concessione si possa tradurre nell'attribuzione di un (indiretto) vantaggio all'autore dell'illecito, il quale si troverebbe a conseguire il profitto della propria attività criminosa[38].

In quest'ottica, sono state introdotte misure amministrative che si caratterizzano per la loro straordinarietà e temporaneità e che devono essere ricondotte nell'alveo di una attività espressamente qualificata dalla legge di "pubblica utilità".

La conversione parlamentare del decreto, accanto a qualche correzione formale e all'introduzione di un obbligo di comunicazione in capo al Presidente dell'ANAC nei confronti del procuratore della Repubblica, ha introdotto novità significative, la più rilevante delle quali è l'ampliamento dell'ambito di applicazione soggettivo della norma che, nella sua versione originaria, contemplava soltanto le imprese aggiudicatarie di un appalto, mentre, in sede di conversione, è stato esteso anche ai «concessionari di lavori pubblici» e ai «contraenti generali».

Sotto il profilo procedurale, il legislatore ha articolato il procedimento in due fasi temporalmente distinte che fanno capo a due diverse ed autonome autorità amministrative: in una prima fase, il Presidente dell'ANAC, un'autorità amministrativa caratterizzata da indipendenza funzionale, ha il potere di formulare la proposta di applicazione della misura; in una seconda fase, il prefetto competente è tenuto ad avviare

[38] Tale impostazione, fatta propria dall'ANAC prima della conversione del decreto legge, è stata condivisa dal Consiglio di Stato, nell'ordinanza della sez. IV, 16 settembre 2014, n. 4089/2014, nella parte in cui si afferma che «Il legislatore si è posto il problema dei rimedi da predisporre per fattispecie come quella oggi all'esame ed ha predisposto un meccanismo, quello del commissariamento dell'impresa appaltatrice fino all'esito del procedimento penale, ritenuto idoneo a conciliare l'interesse pubblico alla rapida esecuzione dell'opera pubblica con l'esigenza di impedire la percezione dei profitti di impresa da parte di soggetti sospettati di illeciti, almeno fino alla conclusione del procedimento penale».

una propria autonoma procedura, al fine di valutare la fondatezza della proposta e disporre, nel rispetto del principio di proporzionalità, la misura ritenuta più idonea.

La scelta legislativa di attribuire i poteri di cui all'art. 32 al Presidente, anziché al Consiglio dell'Autorità è motivata, presumibilmente, dalla previsione iniziale dell'istituto con esclusivo riferimento ad Expo 2015 e dalla conseguente necessità, al pari delle altre misure *extra ordinem* previste nel decreto, di creare un meccanismo *ad hoc*, a garanzia delle procedure di appalto connesse alla realizzazione del grande evento.

Tuttavia, nel quadro complessivo del disegno riformatore, l'attribuzione dei poteri al Presidente sembra trovare, nella sua formulazione definitiva, una sua *ratio* sia nella necessità di incardinare il procedimento di adozione delle misure in capo a un organo che offra garanzie di speditezza e celerità, sia nell'opportunità di garantire una certa simmetria tra le due autorità amministrative coinvolte nella sequenza procedimentale.

Il presidio anticorruzione così istituto risponde, comunque, ad una logica di garanzia, in quanto viene applicato a seguito dell'intervento di due organi monocratici, funzionalmente collegati, chiamati, ciascuno per suo conto, a un'autonoma valutazione dei fatti. Nella medesima ottica garantista sono state previste tre misure alternative da graduare in ragione della gravità dei fatti accertati e del livello di compromissione dell'OE negli illeciti.

L'art. 32, infatti, introduce tre ipotesi di intervento tra loro alternative:

- l'ordine di rinnovazione degli organi sociali, finalizzata ad estromettere dalla *governance* societaria il soggetto coinvolto nei fatti illeciti, nel breve termine di 30 giorni, decorso inutilmente il quale il prefetto è tenuto a disporre, nei dieci giorni successivi, la misura del commissariamento di cui al co. 1, lett. b);
- la gestione straordinaria e temporanea dell'impresa, più comunemente nota come "commissariamento a fini anticorruzione", attivabile in caso di inerzia dell'impresa a fronte di un ordine di sostituzione degli organi sociali, o direttamente applicabile per iniziativa del Presidente dell'ANAC o del prefetto, nei casi più gravi, che si sostanzia nella nomina di commissari prefettizi incaricati di portare a termine l'appalto o la concessione;
- la misura del "sostegno e monitoraggio", di impatto più *soft* per la *governance* societaria, destinata a trovare applicazione nei casi meno gravi, in cui l'ingerenza nei fatti corruttivi è di minore intensità. Essa si sostanzia nella nomina di esperti

che avranno il compito di fornire prescrizioni operative e guidare la società verso una revisione organizzativa e gestionale, sulla base di riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza.

Disposizioni *ad hoc* sono contenute nell'art. 32, co. 10, nel caso in cui l'impresa aggiudicataria o concessionaria sia stata raggiunta da informazione interdittiva antimafia. In tali casi la norma prevede che il procedimento sia avviato di propria iniziativa dal prefetto, il quale è tenuto a darne comunicazione al Presidente dell'ANAC e a disporre una delle misure previste, ove sussista l'urgente necessita di assicurare la prosecuzione del contratto o il suo completamento.

L'applicazione di una delle misure straordinarie sopra descritte è preordinata a tutelare il bene giuridico della sicurezza pubblica muovendosi su un piano di massima anticipazione in materia di prevenzione, al fine di garantire interessi pubblici di rango superiore, tassativamente elencati dalla norma: la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, la salvaguardia dei livelli occupazionali e l'integrità dei bilanci pubblici.

6.2.2 L'attività interpretativa e consultiva

L'assoluta novità, nel nostro panorama normativo, degli istituti introdotti con il citato decreto e la formulazione, non di agevole lettura, del disposto di cui all'art. 32, ha reso necessaria, come si è detto, anche al fine di assicurare un'applicazione uniforme dell'istituto da parte delle prefetture, una prima attività interpretativa della norma, cui si è accompagnata una costante attività consultiva.

Tale attività si è resa imprescindibile, già all'indomani dell'entrata in vigore del decreto, soprattutto in risposta alle rappresentate preoccupazioni di coerenza con i principi costituzionali e di contrasto con i generali presidi di garanzia e ai paventati rischi di possibili abusi, tenuto conto dell'eccessiva discrezionalità che la formulazione vaga ed equivoca della norma avrebbe posto in capo all'interprete.

In quest'ottica, il Presidente si è fatto promotore di una prima interpretazione dell'art. 32 con la prima proposta, cui si è dato corso, il 10 luglio 2014, in epoca antecedente alla conversione parlamentare del decreto, con la richiesta avanzata al Prefetto di Milano per la «straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro S.p.A., con riferimento

all'appalto relativo alle architetture di servizio afferenti al sito per l'esposizione universale del 2015».

La "prima sperimentazione" dell'istituto è stata anche l'occasione per anticipare alcune soluzioni interpretative che sono state successivamente recepite dalla legge di conversione. Ci si riferisce, in particolare, all'individuazione del prefetto competente *ratione loci*, oggi specificamente individuato nel prefetto del luogo in cui ha "sede la stazione appaltante", laddove la norma originaria si riferiva genericamente al "prefetto competente", lasciando all'interprete il compito di risolvere le incertezze sulla competenza territoriale e di scegliere se privilegiare la sede dell'impresa o della SA.

La proposta sopra citata si è preoccupata di sciogliere il suddetto nodo interpretativo in favore del prefetto del luogo in cui ha sede la SA in ragione del fatto che, coincidendo, di regola, la sede della PA con il luogo di esecuzione del contratto, tale criterio avrebbe consentito all'autorità chiamata a disporre la misura non solo di apprezzare la gravità del fatto, ma anche di svolgere quella di funzione di controllo e supervisione sull'operato degli amministratori incaricati della gestione dell'appalto.

Fin dalla prima richiesta, peraltro, ci si è premurati anche di dare alla norma una chiave di lettura costituzionalmente orientata che assicurasse, da una parte, il rispristino della legalità violata con il minor sacrificio possibile per l'OE e, dall'altra, l'avvio del procedimento solo all'esito di una valutazione oggettiva, sulla base di criteri severi, in presenza di fatti connotati da un notevole spessore probatorio.

E proprio nell'ottica di operare un ragionevole bilanciamento degli interessi pubblici e privati in gioco, si è dato impulso al consolidamento di una linea interpretativa volta a garantire l'adozione delle misure secondo criteri rigorosi, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, in modo da garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico, circoscrivendo al minimo l'intervento dell'autorità amministrativa e, conseguentemente, la compressione della libertà di impresa. In tale prospettiva, si è sempre operata una rigorosa graduazione delle misure applicabili in ragione della gravità della situazione riscontrata a carico dell'OE e quindi degli interventi da attuare per proseguire l'appalto al riparo da ulteriori condizionamenti illeciti e in una situazione di ripristinata legalità.

In secondo luogo, in forza di tale lettura, ci si è adoperati affinché il procedimento di formulazione della proposta, benché l'articolato normativo manchi di una previsione in tal senso, si conformasse fin da subito ai principi generali che governano l'azione

amministrativa, garantendo la partecipazione al procedimento da parte degli interessati, attraverso gli istituti previsti dagli artt. 7, 8 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*).

Invero, la formulazione della proposta, da parte del Presidente dell'ANAC, è stata sempre preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento agli interessati e dalla concessione ai medesimi di un termine per la presa visione degli atti, l'estrazione di copia e la presentazione di memorie scritte. Non solo, dunque, l'esercizio del potere è sempre avvenuto garantendo agli interessati la partecipazione al procedimento, ma l'articolazione di quest'ultimo in due fasi anche temporalmente distinte, facenti capo a due diverse autorità, ha consentito ai medesimi interessati di intervenire anche nella successiva fase procedimentale, incardinata dinanzi al prefetto competente.

Sempre nella medesima ottica, si è promossa un'interpretazione "restrittiva" dell'istituto del commissariamento di cui all'art. 32, co. 1, lett. b) in modo da determinare l'attrazione nell'alveo pubblicistico esclusivamente del segmento di impresa connesso all'esecuzione di quello specifico contratto "inquinato".

In altri termini, la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa è stata intesa, fin dalla prima applicazione, come una misura volta a disporre una sorta di commissariamento del singolo appalto, senza incidere sulla *governance* complessiva dell'impresa, ma sospendendo i poteri dell'imprenditore o degli organi sociali, limitatamente a quello specifico contratto o concessione. In base a tale chiave di lettura, la misura determina una netta separazione tra gli assetti gestionali e proprietari dell'impresa, mediante la nomina di amministratori prefettizi che non si occuperanno dell'attività sociale, ma saranno tenuti esclusivamente a portare a termine l'appalto o la concessione "inquinati" e ad accantonare l'eventuale utile di impresa in un fondo speciale, in funzione degli eventuali interventi (quali confische o risarcimenti) che potrebbero essere disposte a seguito dall'accertamento penale. Gli amministratori, pertanto, sono tenuti a realizzare una forma di gestione separata e di carattere temporaneo di un segmento dell'impresa (legato all'esecuzione di quello specifico contratto), mentre gli organi sociali restano in carica per lo svolgimento della attività di gestione.

Tale sforzo interpretativo, inoltre, è stato profuso dall'ANAC anche con il dichiarato intento di riconoscere all'innovativo istituto del commissariamento una sua dignità e una sua autonomia, nel panorama delle misure introdotte nel nostro ordinamento.

Infatti, l'art. 32 non è stato inteso come un duplicato dei poteri propri dell'autorità giudiziaria (e degli istituti previsti dagli artt. 9 e 45 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*) che consentono, in presenza di determinati presupposti, l'azzeramento degli organi di amministrazione dell'impresa e la loro sostituzione con la gestione commissariale), ma l'Autorità lo ha costantemente inteso (e difeso) come un efficace ma meno invasivo strumento che permette, allorché non ricorrono gli estremi per un radicale "spossessamento" dei poteri gestori, di intervenire "chirurgicamente" con riferimento al singolo contratto e limitatamente alla sua esecuzione.

Degna di menzione in questa sede è anche l'attività posta in essere dall'ANAC per quanto concerne le problematiche connesse alla quantificazione dei compensi dovuti agli amministratori e agli esperti prefettizi. In base alle previsioni di cui all'art. 32, co. 6, infatti, agli amministratori spetta un compenso quantificato con il decreto di nomina sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'art. 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14 (*Istituzione dell'Albo degli amministratori giudiziari, a norma dell'articolo 2, comma 13, della legge 15 luglio 2009, n. 94*). Il medesimo criterio di quantificazione del compenso viene stabilito, in misura non superiore al 50% di quello liquidabile in forza delle richiamate tabelle, per gli esperti incaricati del sostegno e monitoraggio dell'impresa.

Il richiamato art. 8 prevede che, con decreto del Presidente della Repubblica, da emanare su proposta del Ministro della Giustizia, di concerto con i Ministri dell'Economia e delle finanze e dello Sviluppo economico, ai sensi dell'art. 17, co. 1, lett. b), della legge 23 agosto 1988, n. 400 (*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*), sono stabilite le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi degli amministratori giudiziari.

Poiché il citato decreto attuativo, ad oggi, non è stato adottato, nelle more sono stati stipulati protocolli di intesa e convenzioni. In particolare, nelle prime esperienze applicative, alcune prefetture, tra cui quella di Roma, hanno desunto alcuni parametri di riferimento per il calcolo da un protocollo di intesa stipulato, il 23 maggio 2014, tra il Tribunale ordinario di Roma e l'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Roma il quale introduce, con valore orientativo e non vincolante, i criteri di calcolo degli amministratori di beni sequestrati e confiscati, utilizzando, con i dovuti adattamenti e

le necessarie integrazioni, i parametri individuati nel decreto del Ministro della Giustizia del 20 luglio 2012, n. 140 (*Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione, da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia, ai sensi dell'articolo 9, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27*).

Le prime esperienze di commissariamento degli appalti hanno, peraltro, evidenziato l'assoluta particolarità delle misure introdotte dall'art. 32, del decreto legge 90 e la conseguente necessità di prevedere una disciplina *ad hoc* per la parametrazione dei compensi.

A fronte delle difficoltà evidenziate dalle prefetture e dei rischi connessi all'assenza di parametri univoci, tra i quali quello di procedere a quantificazioni sensibilmente differenti anche per appalti simili, facenti capo ad imprese operanti nel medesimo settore, l'Autorità si è attivata nei confronti dei Ministri della Giustizia, dell'Economia e finanze, dello Sviluppo economico e per le Riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento, auspicando un intervento normativo che, in attuazione dell'art. 8 del d.lgs. 14/2010, stabilisca le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi degli amministratori giudiziari, introducendo specifiche disposizioni per gli istituti di cui all'art. 32[39].

In particolare, si è evidenziato che nel caso dei commissariamenti *ex* art. 32, essendo i compensi degli amministratori a carico delle imprese (alle quali sono sottratti anche gli utili del contratto e della concessione, essendo previsto il loro accantonamento in un fondo che viene all'uopo istituito), si appalesa la necessità, da un lato di prevedere criteri certi, uniformi e funzionali alla *ratio* dell'istituto e, dall'altro di introdurre correttivi specifici, idonei ad ancorare il compenso alla durata e al valore dell'appalto e a limitarne l'ammontare. Ciò tenuto conto soprattutto del fatto che il commissariamento, salvo casi eccezionali, non ha ad oggetto l'impresa ma solo un segmento della sua attività.

A tal proposito, è attualmente in fase di costituzione un tavolo tecnico per l'individuazione di criteri e parametri univoci di liquidazione dei compensi, cui parteciperanno oltre ai ministeri di riferimento anche l'ANAC e il Ministero dell'Interno.

[39] Si veda, in proposito, la nota prot. n. 23801/2015 pubblicata nella sezione *Comunicazioni*, area *News* del sito istituzionale dell'Autorità.

6.2.3 Il circuito collaborativo avviato con il Ministero dell'Interno e le prefetture

Le linee interpretative sopra sommariamente illustrate, fatte proprie dall'Autorità fin dalla prima citata richiesta del 10 luglio 2014, sono state condivise, già all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legge, con il Ministero dell'Interno, nell'ottica di avviare uno stabile circuito collaborativo interistituzionale e fornire linee di orientamento omogenee.

Come si è già descritto nel capitolo 2, con tali finalità, nelle more della conversione del d.l. 90/2014, è stato siglato, in data 15 luglio 2014, un protocollo di intesa con cui sono state adottate le "Prime linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra ANAC-Prefetture-UTG e Enti locali" che si pongono in perfetta continuità con l'indirizzo interpretativo fatto proprio nella prima richiesta indirizzata al Prefetto di Milano.

Le Prime linee guida sposano *in toto* la linea interpretativa fatta propria dall'ANAC, *in primis* per quanto concerne la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, intesa anche in tale sede quale misura *ad contractum*, nel senso che il previsto intervento sostitutivo non implica l'azzeramento degli organi sociali, ma determina un più limitato intervento di sterilizzazione, secondo un prudenziale criterio di non invadenza e di rispetto dell'autonomia di impresa.

Parimenti, è stato condiviso con il Ministero dell'Interno l'indirizzo, già fatto proprio dall'Autorità nelle prime proposte di adozione delle misure, volto a un'interpretazione garantista dell'inciso «ovvero in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminale attribuibili a un'impresa aggiudicataria dell'articolo», nel massimo rispetto dell'art. 27 della Costituzione, per cui il potere di proposta può essere esercitato soltanto allorché la notizia di illecito abbia raggiunto una consistenza oggettiva, ossia un suo "spessore probatorio".

In forza di tale chiave di lettura, la norma è stata intesa nel senso che, in un primo momento, il Presidente dell'ANAC acquisisce una sorta di *notitia criminis*, che potrà essere costituita o dalla pendenza di un procedimento penale per i reati espressamente enumerati dall'art. 32, ovvero conseguire ad attività ispettive o di vigilanza poste in essere dall'ANAC o comunque pervenuta a conoscenza dell'Autorità.

Tuttavia, il Presidente dell'ANAC avanzerà la richiesta (e il prefetto disporrà la misura) solo allorché ritenga sussistente il *fumus boni juris*, ossia abbia acquisito elementi concreti tali da indurlo a ritenere che la notizia di illecito ha raggiunto una consistenza oggettiva e

cioè uno "spessore" probatorio, in forza del quale possono ritenersi sussistenti «fatti gravi ed accertati».

Il sintagma utilizzato dal legislatore è stato inteso tenendo conto del fatto che la misura ha carattere cautelare e non può conseguentemente richiedere un accertamento con carattere di definitività. Ciò implica che le «situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili a un'impresa aggiudicataria», anche laddove acquisite dall'Autorità attraverso segnalazioni di cittadini e dipendenti pubblici, potranno indurre alla formulazione di una proposta al prefetto competente solo nel caso in cui tali elementi, attraverso l'esercizio dei poteri ispettivi e di vigilanza, previsti sia nella l. 190/2012, sia nel Codice dei contratti pubblici, ovvero, come è avvenuto fino ad oggi nella totalità dei casi, attraverso gli accertamenti dell'autorità giudiziaria penale, abbiano raggiunto uno spessore probatorio, tale da determinare il convincimento del Presidente dell'ANAC che si sia in presenza di fatti gravi ed accertati.

Tale chiave interpretativa garantista acquista una valenza ancora più significativa ove si consideri che il potere di proposta, ineludibile presupposto per l'applicazione delle misure da parte del prefetto, è un potere ascritto esclusivamente al Presidente dell'ANAC. Ciò implica, in altri termini, che ove il Presidente, all'esito della valutazione nei termini innanzi chiariti, ritenga non sussistenti i presupposti per formulare la proposta, nessun prefetto potrà avviare il procedimento autonomamente, al di fuori del caso specifico di cui al co. 10, in cui l'impresa sia raggiunta da un'informazione interdittiva antimafia.

Il circuito collaborativo inaugurato con le Prime linee guida ha consentito, tra l'altro, di intendere l'*iter* procedimentale disegnato dal legislatore non come l'insieme di due fasi distinte, ciascuna facenti capo a un'autorità amministrativa, ma come un procedimento a formazione progressiva, nel quale alla proposta motivata dal Presidente dell'ANAC segue un'autonoma procedura valutativa avviata dal prefetto, che può avvalersi di ulteriori approfondimenti anche attraverso momenti di interlocuzione con la stessa Autorità.

Come pure va evidenziato che l'attività svolta dall'Autorità in relazione ad ogni procedimento di adozione delle misure straordinarie, ai sensi dell'art. 32, co. 1, è andata ben oltre l'esercizio di un mero potere di proposta e si è tradotta, in molti casi, in un apporto collaborativo costante, in ogni fase della procedura, a fronte delle molteplici criticità interpretative ed applicative via via insorte. Tale collaborazione si è estrinsecata in

partecipazioni a tavoli tecnici e conferenze di servizi, formulazione di pareri interpretativi, incontri e riunioni con esponenti della prefettura, amministratori ed esperti prefettizi.

6.2.4 Le principali esperienze applicative

Malgrado l'istituto di cui al citato art. 32 sia di recente introduzione, di esso è stata già fatta una significativa sperimentazione pratica.

Dalla data di entrata in vigore del decreto legge al 30 maggio 2015, sono state formulate 11 richieste di applicazione delle misure di straordinaria e temporanea gestione *ex* articolo 32, co. 1, di cui otto richieste di commissariamento di appalti o concessioni e tre proposte di sostegno e monitoraggio delle imprese. Nella totalità dei casi, il prefetto competente ha condiviso la valutazione dell'ANAC e ha disposto la misura straordinaria proposta.

La misura del sostegno e del monitoraggio, in particolare, si è rivelata di grande efficacia nelle ipotesi di minore compromissione dell'OE, laddove non è stata riscontrata l'eccezionale gravità dei fatti, né il carattere seriale delle condotte ma si è ritenuto comunque necessario costituire un presidio di legalità nell'impresa, oppure nei casi in cui sono stati coinvolti negli illeciti soggetti diversi dagli amministratori o dai legali rappresentanti dell'impresa, ma tuttavia capaci di condizionarne l'operato, per la posizione o il ruolo ricoperti all'interno della stessa.

L'Autorità ha ritenuto importante valorizzare il sostegno e il monitoraggio, benché nella formulazione letterale del testo normativo appaia come una misura di carattere residuale da disporre nei meri casi in cui le indagini «riguardino componenti di organi societari diversi» da quelli contemplati nel primo co. dell'art. 32, in considerazione del fatto che essa ha un ambito di efficacia che trascende il singolo appalto che ha dato origine al procedimento di adozione della misura e consente, in quanto tale, una virtuosa revisione sotto il profilo organizzativo e gestionale della società nel suo complesso, anche a garanzia della legalità degli altri appalti pubblici attualmente in corso e, potenzialmente, anche di quelli futuri. Trattandosi di strumenti di prevenzione amministrativa della corruzione, lo stesso commissariamento dell'appalto al quale si è fatto ricorso nella maggioranza dei casi, si sarebbe rilevato più efficace ove combinato con un monitoraggio dell'impresa nel suo complesso.

Nella medesima prospettiva, l'ordine di rinnovazione degli organi sociali, di cui all'art. 32, co. 1, lett. a), che alla data odierna non ha trovato applicazione pratica, rischia di tradursi

in una misura meramente formale, ove la sostituzione dei soggetti coinvolti negli illeciti non sia affiancata dalla "vigilanza" di esperti prefettizi, chiamati a valutarne l'efficacia sostanziale in termini di effettivo rinnovamento.

Al fine di avviare una sperimentazione della misura con questa chiave di lettura, si è proposto alla Prefettura di Milano di disporre il sostegno e il monitoraggio della Società Italiana Costruzioni S.p.A., con riferimento al contratto di appalto dei lavori di realizzazione di "Palazzo Italia". In tale occasione, anche in considerazione della ristrettezza dei tempi, dettata dall'esigenza di portare a termine i lavori entro la data prevista per l'inaugurazione dell'evento Expo, si è ritenuto più efficace integrare la misura del sostegno e del monitoraggio dell'impresa di cui all'art. 32, co. 8, con la previsione di porre in capo agli esperti prefettizi il compito di impartire agli organi di amministrazione della società anche direttive nell'ottica di un suo rinnovamento sostanziale, almeno per ciò che concerne la gestione delle commesse pubbliche.

Sotto il profilo temporale, i nuovi istituti introdotti dal decreto legge 90 hanno avuto un'applicazione immediata, sulla scia delle note vicende giudiziarie e dei gravi episodi di corruttela che hanno interessato il contesto dell'Expo e del Mose, che rappresentano, attualmente, le più importanti e rilevanti opere pubbliche del nostro Paese.

Infatti, all'indomani dell'entrata in vigore della nuova decretazione d'urgenza, il Presidente dell'ANAC, sulla base della vicenda giudiziaria che ha interessato alcuni soggetti dell'Impresa di costruzioni Giuseppe Maltauro S.p.A., sfociata in un'ordinanza di applicazione di misure cautelari, si è trovato ad affrontare la delicata e complessa questione dell'applicabilità dell'istituto del commissariamento di cui all'art. 32, del d.l. 90/2014, all'appalto delle cc.dd. "Architetture di servizio", afferenti al sito dell'Esposizione universale, aggiudicato proprio all'Impresa di costruzioni Giuseppe Maltauro S.p.A., quale mandataria del RTI con la Società Cefla Soc. Coop.

Il 10 luglio 2014, appena 15 giorni dopo l'entrata in vigore del decreto legge, è stata formulata al Prefetto di Milano la "richiesta di straordinaria e temporanea gestione della Maltauro S.p.A.", proprio con riferimento al predetto appalto. Si è optato per la proposta della più grave misura del commissariamento dell'impresa, *ex* art. 32, co. 1, lett. b), in virtù della condotta illecita posta in essere dall'indagato nella sua qualità di amministratore pro-tempore della Società in questione, come rilevata dalle numerose intercettazioni telefoniche ed ambientali, che hanno consentito l'apprezzamento dell'eccezionale gravità

dei fatti. Tali valutazioni hanno trovato la piena condivisione da parte del Prefetto di Milano che, il successivo 16 luglio, ha adottato il provvedimento prefettizio di commissariamento dell'Impresa Maltauro.

La medesima misura è stata proposta, in data 22 ottobre 2014 e disposta dal Prefetto di Milano il successivo 3 novembre, anche in relazione all'appalto aggiudicato dalla Società Expo S.p.A. e relativo alle "Vie d'Acqua Sud-Canale e Collegamento Darsena-Expo/Fiera", con riferimento all'Impresa di costruzioni Giuseppe Maltauro S.p.A, aggiudicataria in qualità di mandataria, e all'Impresa Tagliabue S.p.A nella sua veste di mandante.

Gli elementi probatori attestanti che l'appalto era stato acquisito in modo illecito si sono ricavati integralmente dall'ordinanza di custodia cautelare emessa per i delitti di concorso in turbata libertà degli incanti, *ex* artt. 353 e 353-*bis* del *Codice penale* e di concorso in corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, proprio con riferimento alla citata procedura di gara, dal GIP (giudice per le indagini preliminari) presso il Tribunale di Milano, il 13 ottobre 2014, nell'ambito del procedimento penale n. 948/11 R.G.N.R. (registro generale notizia di reato).

Qualche settimana dopo, il 6 novembre 2014, sulla scorta delle note vicende giudiziarie che hanno coinvolto i vertici del Consorzio Venezia Nuova e gli amministratori di alcune delle principali società consorziate, si è chiesto al Prefetto di Roma di disporre la straordinaria e temporanea gestione del Consorzio Venezia Nuova, con riferimento al "Sistema Mose", elaborato da oltre un trentennio per la difesa di Venezia e degli abitati lagunari dalle acque alte e ancora in fase di realizzazione, nell'ambito del rapporto concessorio in essere tra il Ministero delle Infrastrutture - Magistrato alle acque di Venezia e il Consorzio Venezia Nuova.

L'Autorità ha ritenuto pacifica la riconducibilità della suddetta concessione nell'ambito di applicazione soggettivo delle disposizioni di cui all'art. 32, come novellate dal legislatore in sede di conversione. Come si è accennato, infatti, in sede di conversione del d.l. 90/2014, l'ambito di applicazione della norma è stato esteso anche ai «concessionari di lavori pubblici» e ai «contraenti generali». Benché si tratti di soggetti la cui definizione è rinvenibile nel Codice, il mancato richiamo delle relative disposizioni ha indotto l'Autorità a ritenere applicabile la disciplina anche a soggetti che esercitano la predetta attività sulla base di leggi (anche speciali) precedenti all'entrata in vigore del Codice stesso.

La misura, disposta dal Prefetto di Roma con provvedimento del 1 dicembre 2014, costituisce un caso a sé stante rispetto agli altri commissariamenti, atteso che il Consorzio Venezia Nuova si è costituito per la gestione della citata concessione, per cui la straordinaria e temporanea gestione ha comportato l'azzeramento degli organi sociali del Consorzio e la loro sostituzione con i commissari prefettizi.

La valutazione prodromica alla richiesta di adozione della misura si è basata su elementi ricavati dall'ordinanza di custodia cautelare emessa dal GIP presso il Tribunale di Venezia il 31 maggio 2014, nell'ambito dei procedimenti penali n. 12236/2013 R.G.N.R. e n. 12646/2013 R.G.N.R., che ha ricostruito con assoluta chiarezza un sistema corruttivo diffuso, ramificato e consolidato in seno al Consorzio Venezia Nuova, con particolare riferimento ai rapporti che lo legavano all'organo vigilante, il Magistrato alle acque di Venezia. Dalle indagini sono emersi specifici fatti corruttivi legati alla gestione del Consorzio Venezia Nuova per la realizzazione del Mose, che vanno dalla corruzione del Magistrato alle acque di Venezia, per allentare l'attività istituzionale di controllo sul Consorzio, alla corruzione di soggetti operanti a livello centrale, per ottenere finanziamenti per le opere del Mose, influire sulle indagini in corso e ottenere informazioni riservate sulle stesse, fino alla corruzione di soggetti operanti a livello regionale, allo scopo sia di ottenere provvedimenti autorizzativi necessari per le opere del Mose di competenza della Regione Veneto, sia di allentare i controlli a posteriori sugli atti e contratti relativi alle opere del Mose.

La pervasività del sistema corruttivo, consolidatosi in diversi decenni, il carattere seriale delle condotte, accompagnato dalla oggettiva gravità dei fatti, hanno indotto l'Autorità a proporre al Prefetto di Roma l'adozione della più grave misura della straordinaria e temporanea gestione del Consorzio Venezia Nuova, con la contestuale sospensione dei poteri di disposizione e gestione degli organi di amministrazione del Consorzio, ai sensi del co. 3 dell'art. 32.

L'anno 2015 si è aperto con due richieste formulate al Prefetto di Roma, a seguito dei gravi fatti emersi nell'inchiesta "Mondo di mezzo" che ha travolto Roma Capitale, aventi ad oggetto la straordinaria e temporanea gestione di due appalti sui servizi di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti, aggiudicati da Ama S.p.A., Azienda totalmente partecipata dal Comune di Roma, alla Edera Società cooperativa di Roma e al Consorzio Nazionale Servizi di Bologna.

Anche in questo caso, l'ordinanza di custodia cautelare emessa dal GIP presso il Tribunale di Roma, in data 28 novembre 2014, ha evidenziato la sussistenza di un sodalizio criminale che utilizzava il metodo mafioso per intervenire nel settore degli appalti pubblici e dei rifiuti in particolare e ha offerto elementi probatori significativi con riferimento alla corruttela posta in essere dagli indagati al fine di pilotare l'aggiudicazione delle gare indette da Ama S.p.A. Il Prefetto di Roma ha condiviso le valutazioni dell'Autorità e ha disposto dapprima il commissariamento dei sopra citati appalti con due decreti del 23 e del 27 gennaio 2015, attualmente impugnati dalle cooperative destinatarie dinanzi al Tribunale amministrativo regionale (TAR) Lazio.

6.2.5 L'interpretazione dei procedimenti *ex* art. 32, co. 10

In attuazione del protocollo di intesa siglato con il Ministero dell'Interno, l'Autorità ha svolto una costante attività consultiva nei confronti delle prefetture, non solo nei procedimenti di cui al co. 1, ma anche nelle ipotesi di cui al co. 10, su richiesta della prefettura o su istanza della SA o dell'OE.

Invero, proprio l'applicazione delle disposizioni di cui al co. 10 ha rilevato criticità e problematiche tali da richiedere la presenza costante e il supporto continuo dell'ANAC, non solo nella fase valutativa, preliminare all'adozione della misura, ma anche nella fase di esecuzione contrattuale da parte della gestione commissariale. In altri termini, benché l'art. 32 abbia individuato il Presidente dell'ANAC come mero destinatario di una comunicazione da parte del prefetto, il campo dei commissariamenti in costanza di interdittiva antimafia è stato quello che ha visto maggiormente coinvolta l'Autorità, almeno in base all'esperienza del primo anno di applicazione della norma.

A fronte di tale impegno, l'Autorità si è adoperata affinché l'apporto collaborativo prestato nei procedimenti avviati ai sensi del co. 10 trovasse l'avallo del legislatore, intervenendo con delle proprie osservazioni sullo "Schema di decreto legislativo concernente ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia".

In particolare, in tale sede, si è auspicato che il legislatore cogliesse l'opportunità di operare, con il decreto correttivo, il necessario coordinamento del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove*

disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), nel seguito denominato "Codice antimafia", con la disciplina introdotta dall'art. 32 del d.l. 90/2014, mediante l'inserimento di una specifica previsione che ponesse in capo al prefetto, all'atto dell'emissione dell'informazione antimafia interdittiva, l'obbligo di verificare la sussistenza dei presupposti per l'adozione delle misure di cui all'art. 32, co. 10 e di informare, sempre nella predetta ottica di coordinamento formale tra le norme, accanto all'impresa, società o associazione interessata, anche il Presidente dell'ANAC.

Tale osservazione è stata recepita nel richiamato decreto correttivo e, in particolare, nell'art. 92, co. 2-*bis*, nella parte in cui prevede che «il prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'articolo 32, comma 10, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, e, in caso positivo, ne informa tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione».

L'inserimento di questa previsione ha consolidato il rapporto collaborativo e la prassi di molte prefetture di chiedere, prima della formale adozione del provvedimento, l'avviso dell'Autorità in ordine alla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge e, in corso di esecuzione contrattuale, la collaborazione nel superamento delle principali criticità applicative.

Dalla data di entrata in vigore della legge al 30 maggio 2015, l'Autorità ha prestato la propria collaborazione in 23 procedimenti, di cui nove si sono conclusi con provvedimenti di adozione delle misure straordinarie di cui all'art. 32.

Quanto alle misure disposte, l'Autorità si è sempre espressa nel senso che, fatte salve le situazioni particolari che richiedono una valutazione *ad hoc*, in linea generale e nell'ottica di utilizzare un criterio uniforme nei confronti delle imprese raggiunte da interdittiva antimafia, non sussistendo elementi oggettivi per parametrare e differenziare la gravità dei fatti che hanno dato luogo al provvedimento prefettizio, la misura generalmente applicabile è quella della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa.

Tale posizione ha trovato riscontro nel *modus operandi* delle prefetture, le quali in otto procedimenti - sui nove sopra citati - hanno disposto la misura del commissariamento. In un solo caso, all'esito di una procedura valutativa che ha trovato la piena condivisione di

questa Autorità, il prefetto competente ha disposto la misura del sostegno e del monitoraggio dell'impresa.

L'esperienza applicativa ha rilevato alcune criticità nelle ipotesi in cui l'interdittiva antimafia sia stata emessa a carico di un'impresa nei confronti della quale era già in corso una misura di straordinaria e temporanea gestione di un appalto, ai sensi dell'art. 32, co. 1.

In linea generale, l'Autorità si è espressa nel senso che il prefetto che ha adottato l'interdittiva, anche laddove ritenga sussistenti i presupposti giuridici per l'applicazione del co. 10, si limiterà a prendere atto della gestione commissariale che proseguirà ai sensi del co. 1, fino alla revoca o alla cessazione del precedente provvedimento.

In linea generale, la prassi sta evidenziando le peculiarità di questo procedimento, rispetto a quello generale delineato nel co. 1 e ne sta sperimentando l'efficacia, anche in un'ottica che trascende il singolo appalto che ha dato luogo all'interdittiva.

Invero, nel caso di cui all'art. 32, co. 10, l'evento "a monte" della misura non coincide con un fatto corruttivo o illecito riferibile a un ipotesi contrattuale ben individuata, ma consegue a un giudizio sull'onorabilità dell'OE, sotto il profilo dell'antimafia, che si riverbera sulla complessiva capacità di contrattare con la PA.

Se per un verso, dunque, il commissariamento del singolo appalto rende parzialmente inoperante l'interdittiva nei confronti del contratto oggetto della misura, dall'altro si è posto il problema, soprattutto con riferimento a OE titolari di una moltitudine di contratti pubblici, di attivare un presidio di legalità a tutela di tutti gli appalti/concessioni pubblici in fase di esecuzione o di completamento, per i quali ricorrono le eccezionali condizioni previste dalla norma.

La questione è stata di recente sottoposta all'Autorità con riferimento alla CPL Concordia società cooperativa, destinataria di un'interdittiva antimafia e titolare di un rilevante numero di contratti e convenzioni per la concessione di servizi stipulati con diversi committenti pubblici. In questo caso, l'esercizio generalizzato del diritto di recesso da parte delle SA, previsto dall'art. 94, co. 2, del Codice antimafia avrebbe comportato gravi ripercussioni sul piano occupazionale, nonché sulla continuità di servizi e funzioni indifferibili, tenuto conto del consistente numero di posti di lavoro a rischio, stimabile in oltre 1.800, e della prevalente incidenza nell'ambito della Provincia di Modena.

La salvaguardia dei livelli occupazionali, nel caso di specie, non avrebbe potuto prescindere da un'approfondita disamina dei molteplici contratti pubblici, *in primis*, al fine

di individuare quelli in corso di esecuzione o di completamento e, in seconda istanza, di selezionare i contratti la cui esecuzione o prosecuzione fosse ritenuta urgente e necessaria, in considerazione dell'elevato importo dell'appalto e del numero di lavoratori impiegati.

Sulla base delle valutazioni che precedono, l'Autorità ha espresso l'avviso, condiviso dal Prefetto di Modena, competente all'adozione del provvedimento, secondo cui le posizioni economiche e sociali, congiuntamente ai preminenti interessi pubblici coinvolti avrebbero trovato adeguata tutela solo mediante la disposizione della misura della straordinaria e temporanea gestione di cui all'art. 32, co. 1, lett. b), con riferimento a tutti i contratti d'appalto e alle concessioni di natura pubblica in corso di esecuzione, per i quali sussistono i requisiti di cui al co. 10.

Parimenti si è ritenuta opportuna la nomina di tre commissari, incaricati espressamente di svolgere anche funzioni di sostegno e monitoraggio dell'impresa, al fine di costituire un presidio di legalità degli affidamenti e di affiancare l'OE in una revisione organizzativa e gestionale.

Si è trattato di una prima significativa sperimentazione che potrebbe portare, in alcune fattispecie, a una nuova chiave di lettura del binomio interdittiva antimafia-commissariamento, nell'ottica di salvaguardare, sul piano della prevenzione amministrativa, i preminenti interessi pubblici previsti dalla norma e riportare, al contempo, l'impresa *in bonis*, attraverso la revisione organizzativa e gestionale promossa dai commissari.

Capitolo 7

L'attività consultiva

7.1 Il Precontenzioso

L'istituto del precontenzioso è stato introdotto dall'art. 6, co. 7, lett. n), del Codice dei contratti pubblici ed è annoverabile tra gli strumenti del tipo ADR, aventi lo scopo di fornire una soluzione delle controversie insorte tra le parti più agile e veloce rispetto al sistema giudiziario. La norma assegna all'Autorità la funzione di componimento delle controversie insorte in fase di scelta del contraente.

Il legislatore italiano ha istituito in tal modo una funzione di natura consultiva, in base alla quale l'Autorità, su iniziativa delle parti interessate (SA, OE, soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati), è chiamata ad esprimere un parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara. Attraverso tale istituto il legislatore ha voluto evidentemente introdurre un meccanismo deflattivo del contenzioso relativo alle procedure di gara, volto a prevenire e tendenzialmente ridurre il ricorso al giudice amministrativo. Pur trattandosi di un intervento privo di forza vincolante, la particolare qualificazione tecnica e la terzietà dell'organo emanante il parere, ne fanno uno strumento dotato di grande forza persuasiva, in grado di porsi come una valida ed efficace soluzione per le liti insorte in fase di gara.

L'esercizio di tale funzione da parte dell'ANAC, di fatto, scoraggia il ricorso al giudice, sia nel caso che il parere reso sia favorevole alle ragioni del privato, sia nel caso inverso, poiché induce comunque a ritenere inutile la sottoposizione al giudice di motivi che non hanno superato il vaglio dell'Autorità. Dall'analisi dell'istituto emerge infatti che, nelle ipotesi in cui la controversia, già portata all'attenzione dell'Autorità, sia stata ulteriormente rimessa al vaglio del giudice amministrativo, quest'ultimo ha, nella maggior parte dei casi, condiviso l'orientamento assunto dall'Autorità.

Proprio in considerazione dell'importanza che l'istituto riveste non soltanto come strumento di prevenzione delle controversie, ma anche come vera e propria leva strategica non avulsa dal contesto della vigilanza ma piuttosto in grado di suggerire disfunzioni di vario genere nel mondo degli appalti pubblici, il valore dell'attività di precontenzioso è stato confermato anche in sede di riorganizzazione dell'Autorità. In particolare, la scelta di eliminare il Comitato per il precontenzioso, di emanare un nuovo regolamento, come descritto poco più avanti, e di riconoscere in capo ad un unico ufficio la responsabilità dei diversi poteri (fino a poco tempo prima distribuiti tra più strutture), sono solo alcuni dei segnali di cambiamento che l'Autorità ha voluto dare, anche in virtù del crescente apprezzamento dimostrato nei confronti dello strumento dalle parti coinvolte e dal sistema pubblico in generale.

I vantaggi che l'istituto presenta sono evidenti: deflazione del contenzioso giurisdizionale, contenimento di tempi e costi, in termini di strutture e risorse umane, rispetto al ricorso giurisdizionale, nonché la possibilità di ottenere, senza dover versare alcun corrispettivo, un parere finalizzato a rimuovere e/o correggere le violazioni lamentate dalle parti in una fase in cui le stesse possono ancora essere efficacemente emendate.

L'istituto del precontenzioso è disciplinato, oltre che dal richiamato art. 6, co. 7, lett. n), del Codice, anche dal "Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163", che ne disciplina la procedura in dettaglio, da ultimo modificato nel settembre 2014, a seguito del trasferimento all'ANAC delle competenze dell'*ex* AVCP.

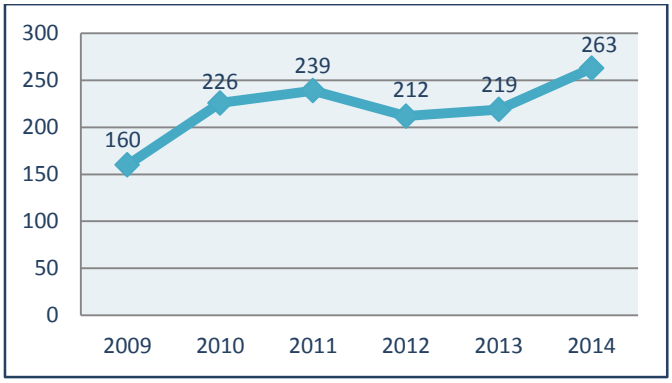
Il ricorso al precontenzioso da parte degli operatori del settore ha fatto registrare un dato di continuità negli anni, anche a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento (con il decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 (*Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*)) dell'istituto dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso *ex* art. 243-*bis* del Codice. In base a tale ultima disposizione l'OE che intenda proporre ricorso giurisdizionale avverso provvedimenti della SA ne informa quest'ultima attraverso una comunicazione recante una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio (salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi e ulteriori); la SA, entro 15 giorni dalla comunicazione, invia le proprie

determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela.

L'istituto dell'informativa mostra diversi punti di contatto con il precontenzioso in quanto la finalità è quella di evitare il ricorso al giudice amministrativo, sollecitando l'adozione di provvedimenti in autotutela da parte della SA, o quanto meno una congrua motivazione in ordine alla mancata adozione degli stessi, così da risolvere in sede "precontenziosa", appunto, eventuali controversie tra SA e OE relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento di una procedura di gara. Nonostante tali similitudini, si è potuto constatare come nessuna flessione delle richieste di parere di precontenzioso si sia verificata dal momento dell'introduzione dell'istituto della informativa. Ovvero, in presenza di una informativa di ricorso (cui difficilmente, peraltro, consegue l'adozione dei richiesti provvedimenti in autotutela da parte della SA), magari avviata in parallelo a una istanza di parere presso l'Autorità, l'OE sceglie di coltivare preferibilmente il procedimento di precontenzioso dinanzi all'Autorità, segno della vitalità di uno strumento che continua a svolgere una propria autonoma e specifica funzione.

Al termine del primo trimestre 2015 risultano ben 77 pratiche di precontenzioso definite; se il *trend* risulterà confermato nel proseguo, alla fine dell'anno si conteranno oltre 300 pratiche definite. L'analisi della serie storica dei pareri di precontenzioso resi nel quinquennio 2009-2014 evidenzia un *trend* tendenzialmente in crescita, con un incremento di circa il 20% tra il 2013 e il 2014. La previsione per l'anno 2015, conferma ulteriormente la crescita registrata nell'anno precedente.

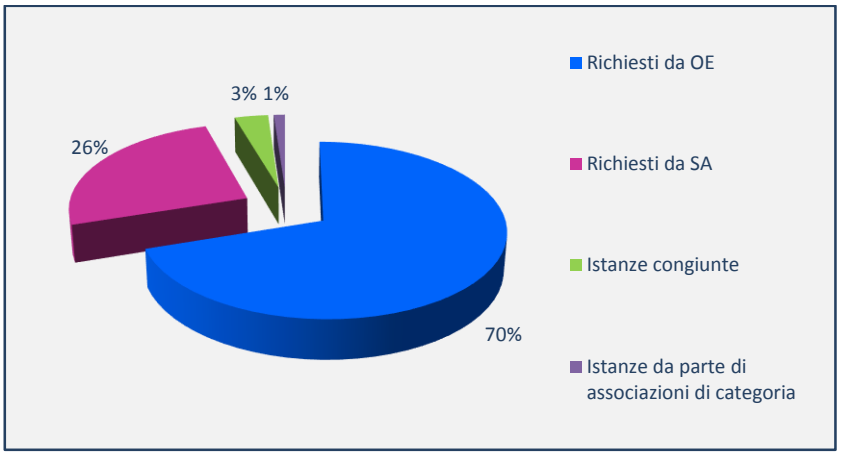
Figura 7.1 Serie storica dei pareri resi nel periodo 2009-2014



Fonte: ANAC

Nell'anno 2014 sono stati resi 263 pareri di precontenzioso, come anche rappresentato nella figura 7.2.

Figura 7.2 Rappresentazione delle tipologie di richieste di parere di precontenzioso ricevute nel 2014



Fonte: ANAC

Di seguito sono sintetizzate le questioni più frequentemente trattate, con riferimento alle singole norme del Codice dei contratti pubblici.

Tabella 7.1 Argomenti principalmente trattati

Argomento	Descrizione	Riferimento all'interno del Codice
Lotti/Clausole territoriali	Obbligo di motivazione sulla mancata suddivisione dell'appalto in lotti funzionali. Legittimità o meno delle clausole di limitazione territoriale.	Art. 2, co. 1-*bis*
Consorzi stabili	Consorzi stabili e criteri per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione..	Art. 36
RTI	Possesso dei requisiti del mandatario per lavori categoria prevalente e per lavori scorporati in capo a ciascun mandante. Raggruppamenti c.d. "sovrabbondanti" [40].	Art. 37
Sentenze di condanna	Omessa dichiarazione sentenze di condanna.	Art. 38, co. 1, lett. c)
Qualificazione	Verifica triennale e rinnovo attestazione SOA. Attestazione SOA e scadenza in corso di gara. Certificazione di qualità.	Art. 40 [Artt. 76 e 77 Regolamento]
Tassatività delle cause di esclusione	Documenti e informazioni complementari. Tassatività delle cause di esclusione. Soccorso istruttorio.	Art. 46, co. 1-*bis*
Avvalimento	Inammissibilità di un contratto generico e/o sottoposto a condizione.	Art. 49
Cauzione provvisoria	Cauzione provvisoria e dimezzamento. *Rating.* Garanzie che deve prestare il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione.	Art. 75
Offerta economicamente più vantaggiosa	Offerta economicamente più vantaggiosa, formula matematica e integrale utilizzo punteggio. Valutazione sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi per ciascun criterio valutazione. Discordanza elementi offerta economica e limiti all'interpretazione correttiva della SA.	Art. 83
Subappalto	Subappalto. Categorie a qualificazione obbligatoria e c.d. "super specialistiche".	Art. 118
Oneri di sicurezza	Costi di sicurezza aziendali nei servizi (ivi inclusi quelli Allegato II B) e nelle forniture.	
Patti di legalità	Esclusioni per mancata sottoscrizione patti di legalità.	

Fonte: ANAC

Si segnalano di seguito alcune questioni di particolare rilievo trattate con pareri di precontenzioso.

[40] Per RTI sovrabbondante si intende un raggruppamento temporaneo di imprese costituito da due o più imprese che già singolarmente possiedono i requisiti finanziari e tecnici per la partecipazione alla gara. Per ulteriori approfondimenti in merito, si veda anche il comunicato del Presidente dell'Autorità del 3 settembre 2014 recante "Indicazioni in materia di esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese 'sovrabbondanti'".

La suddivisione in lotti e l'apertura concorrenziale alle PMI

Nel corso del 2014, in diverse occasioni, l'Autorità ha affrontato la tematica attinente alla suddivisione in lotti degli appalti pubblici perseguendo gli obiettivi di tutela della concorrenza in un'ottica di maggiori garanzie di apertura dei mercati degli appalti alle PMI.

Nel parere di precontenzioso n. 32 del 13 febbraio 2014, una gara indetta dalla Unità locale socio sanitaria n. 3 di Bassano del Grappa per la fornitura di *pacemaker* e sistemi di chiusura percutanea di difetti cardiaci, con un importo stimato a base d'asta di 5.899.158,35 euro, è stata valutata come illegittima per mancata suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto, osservandosi che la norma contenuta all'art. 2, co. 1-*bis*, del Codice è «significativamente collocata tra i principi che presiedono all'affidamento e alla esecuzione dei contratti pubblici» ed «esprime tutto il *favor* del legislatore per il frazionamento degli appalti, evidenziato da una previsione che opera nel settore dei lavori, dei servizi e delle forniture». Sempre nel parere citato è stato evidenziato come la valorizzazione della natura funzionale del lotto abbia «il pregio di favorire l'efficienza e l'economicità dell'appalto, perché evita, qualora non fosse completata una frazione dell'appalto, uno spreco di risorse economiche e un danno per l'erario». Inoltre, sempre con il parere predisposto è stato evidenziato come la suddivisione in lotti sia formulata in termini di doverosità se diretta a favorire l'accesso al mercato delle PMI.

In quanto espressione del principio di concorrenzialità e, altresì, di efficacia ed economicità della contrattazione pubblica, in un caso ancora più significativo relativo alla procedura di appalto per l'affidamento delle attività di gestione del Centro di Accoglienza per Richiedenti Asilo (CARA) di Mineo, l'Autorità ha ritenuto applicabile il citato co. 1-*bis*, dell'art. 2 del Codice anche in un appalto avente ad oggetto una molteplicità di attività, inclusa una pluralità di servizi di cui all'Allegato II B esclusi in gran parte dall'applicazione delle norme del Codice. L'istruttoria è stata avviata nel 2014 su istanza presentata da una Società cooperativa (la C.O.T. Società cooperativa) avverso il bando di gara pubblicato dal Consorzio "Calatino Terra di Accoglienza" ai fini dell'affidamento per tre anni della gestione del CARA sito nel comune di Mineo per un importo a base di gara pari a 97.893.000 euro. L'esito dell'istruttoria svolta ha portato all'approvazione da parte dell'Autorità del parere di precontenzioso n. 15 del 25 febbraio 2015 con il quale, considerata l'entità dell'appalto, la molteplicità dei servizi messi a gara e i gravosi requisiti

di capacità economico-finanziaria e tecnica richiesti, è stata valutata illegittima la scelta della SA di non procedere ad appaltare per lotti distinti le attività eterogenee oggetto di affidamento, per quanto funzionali alla gestione del centro di accoglienza CARA di Mineo. La scelta operata dal Consorzio rispetto alla procedura di affidamento del CARA di Mineo è stata valutata dall'ANAC in contrasto con i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità applicabili anche agli appalti esclusi dall'ambito di attuazione del Codice per espresso richiamo dell'art. 27, co. 1, dello stesso e, altresì, in contrasto con quanto espresso dall'art. 2, co. 1-*bis*, del Codice in tema di suddivisione in lotti che di taluni di quei principi è espressione, in un'ottica di tutela della concorrenza e di apertura degli affidamenti pubblici alle PMI.

Infatti, le previsioni di cui al richiamato art. 2, co. 1-*bis*, del Codice esprimono un principio di carattere generale che deve contraddistinguere l'attività contrattuale della PA e connesso alla necessità di garantire una più ampia partecipazione alle procedure pubbliche di gara e di offrire maggiori garanzie di partecipazione alle PMI. La regola generale deve essere nel senso della suddivisione in lotti degli appalti pubblici anche se sempre espressione di una valutazione preventiva in ordine alla possibilità ed alla convenienza economica della suddivisione stessa. I servizi esclusi dall'applicazione del Codice di cui all'Allegato II B, per espressa previsione dell'art. 20 del Codice stesso, sono soggetti solamente agli artt. 68, 65 e 225; tuttavia, ai sensi del successivo art. 27, essi sono comunque soggetti al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità e, quindi, alle norme che di quei principi generali facciano applicazione. Pertanto, l'estensione del principio della suddivisione in lotti anche ai servizi di cui all'Allegato II B del Codice appare necessaria ove risponda a esigenze di tutela dei principi generali come sopra richiamati nell'ottica della tutela della concorrenzialità ed efficacia degli affidamenti pubblici.

Come evidenziato dall'Autorità nel parere di precontenzioso n. 134 del 20 giugno 2014 i servizi esclusi cui appartengono i servizi di assistenza sociale e sanitaria, ove di importo superiore alla soglia, sono menzionati nella "Comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici". In tale comunicazione si ricava una più completa disciplina rispetto a quanto sancito dall'art. 27 del Codice, avendo osservato la Commissione europea che tali settori rappresentano «un'importante opportunità per le imprese del mercato interno, in

particolare per le piccole e medie imprese e per le imprese «start-up» e che «metodi di aggiudicazione aperti e concorrenziali aiutano le amministrazioni pubbliche ad attirare, per tali appalti, una gamma più ampia di potenziali offerenti e a beneficiare di offerte più vantaggiose».

Sempre la Commissione europea, su un piano più generale, nel documento di lavoro dei servizi denominato "Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici", approvato il 25 giugno 2008, ha indicato che il problema dell'ampliamento delle possibilità di accesso ai mercati pubblici per le PMI non attiene tanto alla formulazione di nuove previsioni normative quanto all'approccio che le amministrazioni aggiudicatrici devono avere nella predisposizione delle gare d'appalto.

In tale prospettiva, l'ANAC auspica che le SA valutino attentamente i contratti da affidare al fine di procedere alla suddivisione in lotti ove possibile ed economicamente conveniente.

RTI sovrabbondanti

Con il parere di precontenzioso n. 114 del 21 maggio 2014 è stata chiarita la questione dei RTI sovrabbondanti, richiamando l'interpretazione conforme all'orientamento comunitario nel senso che è sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche sovrabbondanti, e che l'eventuale esclusione può avvenire solo in alcuni casi particolari, cioè qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alla tipologia o alla dimensione del mercato di riferimento. In ogni caso, l'esclusione non potrà mai essere automatica e la SA, qualora ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, ha l'onere di valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che potranno basarsi non solo su elementi legati a eventuali stati di necessità, in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrante nelle libere scelte imprenditoriali degli OE, come l'opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto. Nell'ambito della valutazione di tali elementi, la SA dovrà, quindi, accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo dovrà essere disposta l'esclusione dalla gara.

La commistione tra requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione

È stata fornita un'interpretazione del generale divieto di commistione tra i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione/aggiudicazione che tenga conto dell'orientamento della giurisprudenza e dell'evoluzione del diritto comunitario. È stato quindi evidenziato come la previsione di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo (concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara), è legittima, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta[41] stessa. Secondo questo orientamento, «il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente deve avere un'applicazione per così dire "attenuata", alla luce del principio di proporzionalità e in relazione all'art. 83 del Codice dei contratti pubblici che, nel delineare i criteri di valutazione dell'offerta da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescrive che gli elementi di valutazione debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quando consente di rispondere in concreto alle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici in talune ipotesi presentano (come, esemplificativamente, nel caso di appalti di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria), dove l'offerta tecnica si sostanzia non in progetto o in un prodotto, bensì in un "facere" e dove, pertanto, anche la pregressa esperienza del professionista che partecipa alla gara può essere di ausilio nella valutazione dell'offerta tecnica. La soluzione della questione teorica in esame, secondo questo orientamento, non può essere elaborata indulgendo a principi assoluti, quanto piuttosto verificando l'eventuale correlazione tra l'elemento di valutazione contestato rispetto alla qualità dell'offerta, al fine di stabilire se vi sia diretta proporzionalità tra la grandezza del primo e la grandezza della seconda»[42]. Pertanto, «ben possono essere presi in considerazione - in sede valutativa del merito dell'offerta - elementi attinenti alle imprese concorrenti che si riverberano, senza incertezze (e purché ad essi non sia attribuito un peso, in termini di punteggio, preponderante) sulla qualità del servizio oggetto della procedura evidenziale»[43]. Dunque, onde evitare possibili discriminazioni all'accesso alle gare, il peso attribuito a tali criteri nel bando non deve comunque assumere rilievo eccessivo, come risultante anche dalla determinazione n. 7 del 24 novembre 2011.

[41] Si veda, in proposito, Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837.

[42] Si veda, in proposito, Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191.

[43] Si veda, in proposito, Consiglio di Stato, sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626.

Anche avallando tale orientamento più elastico, il Consiglio di Stato ha sottolineato che l'Amministrazione deve comunque dimostrare e specificare perché e in che misura il requisito esperienziale, tipicamente soggettivo, posseduto dall'impresa, normalmente atto a qualificare la medesima, possa utilmente servire a valorizzare l'offerta sotto il profilo oggettivo.

Con l'occasione è stata richiamata la nuova direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, dove il considerando (94) recita che «Qualora la qualità del personale addetto influisca sul livello dell'esecuzione dell'appalto, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di usare come criterio di aggiudicazione l'organizzazione, la qualifica e l'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto in questione, in quanto ciò può incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell'offerta. Tale ipotesi potrebbe ricorrere, ad esempio, negli appalti per servizi intellettuali quali i servizi di consulenza o architettura. Le amministrazioni aggiudicatrici che si avvalgono di questa possibilità dovrebbero garantire, con idonei strumenti contrattuali, che il personale addetto all'esecuzione dell'appalto soddisfi effettivamente le norme specifiche di qualità e che tale personale possa essere sostituito solo con il consenso dell'amministrazione aggiudicatrice che si accerta che il personale sostitutivo sia di livello qualitativo equivalente». L'art. 67 della direttiva specifica poi che fra i criteri per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa possono figurare l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto. Tale orientamento è stato specificato dall'Autorità in più occasioni, in prima istanza con il parere reso a chiusura del procedimento di precontenzioso n. 172/2014 e successivamente con il parere di precontenzioso n. 36 del 1 aprile 2015.

Le garanzie nei servizi tecnici

Con il parere di precontenzioso n. 111 del 21 maggio 2014 è stata chiarita la questione del sistema delle garanzie da prestare nell'ambito delle gare aventi ad oggetto i servizi tecnici, in particolare ai fini dell'affidamento dell'incarico di direttore operativo con funzioni di coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione. Ciò in quanto il legislatore, nell'estendere ai servizi tecnici elencati all'art. 252 del Regolamento il sistema delle

garanzie di cui agli artt. 75 e 113 del Codice, esclude espressamente da tale sistema «la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e di coordinamento», attività di per sé già coperta dal sistema di garanzie di cui all'art. 111 del medesimo Codice, specificamente contemplato per la copertura dei rischi derivanti dall'attività tecnico professionale. L'Autorità, che aveva già avuto modo di evidenziare (con parere di precontenzioso n. 6 del 15 gennaio 2009 e deliberazione n. 243 del 12 luglio 2007) che le funzioni di coordinatore della sicurezza per l'esecuzione devono essere svolte dal direttore dei lavori e che la figura del direttore operativo rientra comunque nell'ambito del gruppo di direzione lavori, ha ritenuto di assimilare l'attività di coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione agli altri incarichi tecnici elencati all'art. 252 del Regolamento, vale a dire «la direzione dei lavori, le attività tecnico-amministrative connesse alla direzione dei lavori, il coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione», e non alla «redazione della progettazione e del piano di sicurezza e di coordinamento» per la quale è contemplata l'unica deroga espressa al sistema di garanzie del Codice.

La cauzione e il rating della società fidejubente

Ulteriore delicata questione che è stata posta in tema di garanzie ha riguardato la legittimità della clausola che richiedeva che la polizza per la cauzione definitiva fosse stipulata con un fideiussore dotato di *rating* specifico. L'Autorità ha elaborato sul tema un documento di consultazione recante "Problematiche in ordine all'uso della cauzione provvisoria e definitiva (artt. 75 e 113 del Codice)"[44], nel quale si esamina anche il tema della richiesta di livelli elevati di *rating*. In occasione della pronuncia di precontenzioso, resa con parere n. 126 del 6 giugno 2014, su una clausola siffatta, è stato richiamato il predetto documento, dove l'Autorità osservava che «Alcune stazioni appaltanti attive nei settori speciali ammettono sia per la cauzione provvisoria, sia per la cauzione definitiva, solo fideiubenti con un *rating* di lungo periodo uguale o superiore a determinati livelli stabiliti ad esempio da Fitch, Standard & Poor's o Moody's Investor Service. In generale, le ragioni addotte dalle SA interpellate, per giustificare la richiesta di *rating* ai garanti, hanno evidenziato che nell'ottica dell'ente appaltante il "*rating*" è considerato quale elemento "tranquillizzante" sul livello del patrimonio di un'impresa o di una banca, libero

[44] Al termine della consultazione è stata poi adottata le determinazione n. 1 del 29 luglio 2014 recante "Problematiche in ordine all'uso della cauzione provvisoria e definitiva (artt. 75 e 113 del Codice)".

da impegni ed in grado di garantire la correttezza e l'affidabilità e, soprattutto, la solvibilità dello stesso fideiussore».

Se sono comprensibili le ragioni che spingono le SA ad una tale richiesta, lo strumento utilizzato allo scopo non appare sufficiente a garantirle e potrebbe introdurre elementi di distorsione nel mercato degli appalti pubblici. Infatti, la richiesta di *rating* ai garanti inserita nei bandi di gara appare in grado di discriminare perché determina disparità tra i soggetti che operano nel mercato creditizio/finanziario (intermediari, banche, assicurazioni) e potrebbe limitare la partecipazione alle gare delle imprese che segnalano difficoltà a reperire le garanzie necessarie per accedere alla gara d'appalto.

Per quanto concerne il mercato finanziario, alcuni possibili fideiussori, anche se in possesso di margini di solvibilità elevati, non sempre hanno un *rating* in quanto non procedono al collocamento di titoli sul mercato; inoltre, come confermano anche i giudizi della Banca d'Italia e dell'ABI (l'Associazione Bancaria Italiana), non sempre il *rating* costituisce un indice certo di riferimento nella stima dei parametri rilevanti per la determinazione dei requisiti patrimoniali di un dato soggetto.

Le segnalazioni pervenute all'Autorità mostrano che spesso il mancato pagamento della cauzione è, in diversi casi, riferibile anche ad aziende con *rating* elevato. Inoltre, il problema degli inadempimenti non è proporzionalmente correlato alle dimensioni dell'appalto, anzi spesso si verifica in appalti di entità medio piccole non in grado di incidere sulla situazione finanziaria complessiva del garante. In ogni caso, anche ammessa la legittimità di introdurre vincoli sulla natura e qualità dei fideiussori, attualmente non consentita dal Codice, il *rating* non rappresenta un criterio di valutazione attendibile per stabilire la solvibilità dell'azienda. Già con la determinazione n. 2 del 13 marzo 2013, di cui si parlerà nel capitolo 9, si era osservato che, piuttosto che valutare la qualità delle imprese di assicurazione sulla base del *rating*, è preferibile ricorrere ad altri indicatori quali l'indice di solvibilità, congiuntamente alla raccolta premi specifica.

Si deve, infine, osservare che la recente crisi economica ha determinato continue riduzioni nel *rating* riconosciuto all'intera economia italiana e, di conseguenza, alle imprese finanziarie. Ciò imporrebbe almeno la necessità di aggiornare costantemente il livello di *rating* richiesto, proprio al fine di preservare un numero minimo di soggetti a cui le imprese che vogliono partecipare alle gare possono rivolgersi.

In conclusione, la richiesta da parte delle SA di *rating* pari o superiore ad un determinato minimo attribuito dalle società di certificazione internazionale è stata ritenuta lesiva dei principi di cui all'art. 2 del Codice.

Le cooperative sociali e i laboratori protetti

Sul tema degli affidamenti a cooperative sociali, che già aveva formato oggetto della determinazione n. 3 del 1 agosto 2012, con parere di precontenzioso n. 62 del 14 ottobre 2014 è stato chiarito che la clausola di salvaguardia posta all'inizio dell'art. 52 («fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali») sta ad indicare che le due discipline, quella del Codice e quella di cui all'art. 1, lett. b), della legge 8 novembre 1991, n. 381 (*Disciplina delle cooperative sociali*), si muovono in ambiti diversi. Le cooperative sociali, infatti, diversamente da quanto richiesto per la figura del laboratorio protetto, svolgono attività finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, e non solo disabili, e devono possedere un organico costituito almeno per il 30% da persone disagiate e non già la maggioranza di lavoratori disabili, come invece richiesto per il laboratorio protetto. Pertanto, pur essendo, entrambe le disposizioni sopra indicate finalizzate al perseguimento di fini sociali, dall'analisi della normativa emerge che le due figure - laboratorio protetto e cooperativa sociale - non coincidono.

Il rapporto tra la base d'asta e la verifica di congruità

In ordine alla tematica del costo del lavoro e della congruità del costo del personale stimato dalla SA, con i pareri nn. 57 e 58 del 14 ottobre 2014, si è precisato che, in generale, la SA definisce l'importo dell'appalto per il quale intende procedere mediante una stima del relativo valore complessivo e, successivamente, valuta la congruità delle offerte presentate; nel caso di offerte anormalmente basse, procede con la relativa verifica, tenendo conto del giusto equilibrio tra la promozione della concorrenza e la legittima compressione del costo del lavoro. La misura del prezzo a base d'asta non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche quali, ad esempio, l'andamento del mercato nel settore di riferimento, il numero di dipendenti che devono essere impiegati, il rapporto qualità-prezzo per ogni servizio e/o prodotto, con la conseguenza che ogni valutazione sul punto va rimessa alla SA. A tale riguardo, il Codice non detta alcuna disposizione sul procedimento di fissazione del

prezzo da parte della SA, limitandosi - nella disciplina della verifica delle offerte anomale - a disporre che «le stazioni appaltanti sono tenute a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro» (art. 86). Pertanto, da un'interpretazione sistematica della norma appare evidente che la stessa non incide sul procedimento di individuazione dell'importo a base d'asta, trattandosi di norma sulla congruità dei prezzi. A tale riguardo si rappresenta che, secondo costante giurisprudenza amministrativa, in sede di controllo dell'offerta anormalmente bassa, con riferimento al caso concreto, residua una discrezionalità della SA nella valutazione del discostamento dell'offerta dal costo del lavoro riconosciuto in tabelle ministeriali.

7.2 I pareri resi sulla normativa dei contratti pubblici

Nel corso del 2014 l'attività consultiva, esplicatasi nell'emissione di 32 pareri, ha riguardato alcuni argomenti aventi rilevanza generale di notevole interesse, di seguito brevemente illustrati.

Il Project financing – variazione del PEF

È stato sottoposto all'attenzione dell'Autorità il quesito di una SA che domandava se fosse possibile modificare il PEF, nonché termini e modalità di esecuzione, dell'affidamento di una importante opera infrastrutturale in concessione, derivante da procedimento di *project financing* (anello circonvallatorio a nord, traforo delle Torricelle). Nella suddetta istanza, esponeva il richiedente che il contratto *de quo* derivava da un procedimento avviato nel 2008 e concluso con aggiudicazione provvisoria nel 2013. Aggiungeva il richiedente - a seguito dell'aggiudicazione, ma ancora nelle more della sottoscrizione del contratto - che il RTI aggiudicatario aveva inoltrato formale proposta alla SA di modificare l'orizzonte temporale dei lavori prima di addivenire alla stipula della convenzione, chiedendo di realizzare l'intervento strutturale in due fasi temporali successive e distinte, precisando di non voler modificare nessuna caratteristica quali/quantitativa dell'opera, bensì variando unicamente le modalità attuative del progetto, al fine di garantirne la sostenibilità economico-finanziaria. In particolare, si sosteneva che gli interventi sarebbero stati distinti in due successive fasi: nella prima sarebbe stata, principalmente, realizzata una prima carreggiata, con una corsia per senso di marcia, e di un unico fornice bidirezionale per il traforo; nella seconda, sarebbe stato ampliato il

collegamento stradale realizzando la seconda carreggiata in affiancamento a quella già in esercizio e sarebbe stato realizzato il secondo fornice in affiancamento al primo già in esercizio. Questa proposta avrebbe comportato sia una rimodulazione dei termini di entrata in esercizio dei due trafori - il primo nell'anno 2017, il secondo con entrata in esercizio nell'anno 2027 - sia a un aggiornamento del PEF, dovendosi rinvenire le ragioni di tali richieste di modifiche contrattuali nella «mutata domanda di trasporto sull'asse infrastrutturale interessato dai lavori», nonché nelle «condizioni del mercato finanziario, a causa della grave congiuntura economica che ha interessato ogni settore economico del Paese».

Richiamando preliminarmente le caratteristiche principali del rapporto concessorio, con particolare riguardo all'allocazione dei rischi e all'assetto dell'operazione economica, l'Autorità ha esaminato, anche alla luce delle interpretazioni fornite in occasioni analoghe, le ragioni che ammettono la possibilità di variazioni del PEF. L'occasione è stata favorevole per l'Autorità per sviluppare alcune constatazioni di ordine generale, anche *de jure condendo*, sui margini di modificabilità dei PEF nei contratti di durata, particolarmente in tempi di crisi. Nel parere sulla normativa del 17 novembre 2014, infatti, si riconosce che la disposizione codicistica sembrerebbe inidonea ad affrontare la situazione contingente: la crisi economico-congiunturale, che ha investito l'economia italiana e globale, coinvolge, infatti, inevitabilmente, nei suoi effetti negativi, il mercato delle opere pubbliche, *in primis* quelle di grandi proporzioni quali le concessioni di pubblici lavori. Tenendo conto dell'osservatorio privilegiato di cui gode l'Autorità, si è potuto esprimere l'opportunità di una riflessione tesa a un intervento legislativo, alla luce del fatto che tale vuoto normativo rischia di rimettere all'amministrazione pubblica o al conflitto giurisdizionale decisioni sul caso concreto che potrebbero apparire insoddisfacenti o persino arbitrarie o speculative. L'auspicio verso una soluzione generale e astratta garantirebbe, infatti, un equo bilanciamento tra la necessità di prevedere nuovi casi di *ius variandi* delle opere pubbliche in relazione alla contingenza economica e la discrezionalità di decisioni che, in via amministrativa o giurisdizionale, espandano a dismisura tale (spesso importante) rimedio. La riflessione appare frutto dell'esigenza di individuare un equo contemperamento tra i contrapposti interessi alla sostenibilità delle imprese e all'equilibrio di bilancio pubblico di cui si è auspicato che terrà conto il legislatore in sede di recepimento della direttiva 2014/23/CE.

Nel caso di specie, l'Autorità ha concluso negando alla SA la possibilità di rivisitazione del PEF, esprimendo altresì ragioni di perplessità riguardo alla proposta di proroga contrattuale sulla scorta della asserita diminuzione della domanda di trasporto nonché dell'affermata imprevedibilità della crisi economica globale, i cui primi sintomi non potevano essere ignorati all'avvio della procedura da un OE, con diligenza professionale, che si impegna in un piano pluriennale.

Gli accordi di programma complessi

Un ulteriore caso di particolare rilevanza - sia sotto il profilo economico e strategico che sotto l'aspetto interpretativo e sistematico - riguarda la richiesta di valutare la conformità al Codice dell'ipotesi di affidamento in via diretta della realizzazione di un'infrastruttura ad un operatore privato resosi disponibile all'integrale finanziamento dell'opera, sulla base di un accordo di programma per la realizzazione di un centro commerciale polifunzionale e sottoscritto da un OE internazionale e diversi enti locali e territoriali. Principale scopo di tale accordo era la convergenza di enti pubblici e privati per la realizzazione di un imponente centro commerciale nell'area di un comune partecipante, con annesse opere infrastrutturali, ancillari e funzionali all'opera principale di natura commerciale, ma contestualmente legate alla realizzazione della c.d. "viabilità speciale territoriale". Nella fattispecie, l'OE richiedente proponeva tre modalità alternative di realizzazione dell'opera, con l'indicazione della chiara preferenza per l'opzione che prevedeva l'esecuzione diretta a cura e spese della multinazionale, mediante stipula di contratto di appalto di diritto privato con affidatario dei lavori scelto senza esperimento di gara pubblica ("realizzazione diretta"), in cambio dell'accollo degli oneri di compartecipazione finanziaria per l'intervento, e indicando, in ordine decrescente di preferenza, due alternative che prevedevano l'attribuzione del ruolo di soggetto aggiudicatore al medesimo OE o alla provincia o in ultima ipotesi la realizzazione mediante affidamento dei lavori con gara pubblica.

L'opzione indicata prevedeva che l'operatore privato si sarebbe impegnato ad assumere gli ulteriori oneri economici della realizzazione della viabilità, a condizione che fossero consentiti l'esecuzione diretta della strada e l'affidamento di contratti di diritto privato, con modalità che sembravano evocare, per terminologia e tipologia, la disciplina dettata dall'art. 176, co. 7, del Codice per il CG. In altri termini, l'operazione che il privato

indicava si sarebbe rivelata, in sostanza, un affidamento di opera pubblica, privo della necessaria gara ovvero un'opera di interesse pubblico realizzata interamente da privato su un bene pubblico, con sub-affidamenti di lavori mediante stipula di contratti di diritto privato, a soggetti di cui non erano stati verificati tuttavia i requisiti di qualificazione e, in particolare, i requisiti di capacità organizzativa e tecnico realizzativa.

La legittimità della prestazione di un'opera acquisita dalla PA, senza gara, in ragione della sua pretesa gratuità sotto il profilo patrimoniale, ha richiamato l'attenzione dell'Autorità sollevando invero momenti di seria perplessità. Sotto un primo generale profilo, si è inquadrata la vicenda nella categoria dei programmi complessi, che - nell'ampia e multiforme disciplina di governo del territorio mediante amministrazione negoziata - riguarda tutti quegli istituti che trasferiscono sul piano negoziale i rapporti tra i soggetti pubblici coinvolti e quelli tra gli stessi soggetti pubblici e i privati interessati, a fini urbanistici.

A tal proposito, con il parere sulla normativa del 21 gennaio 2015, l'Autorità ha sottolineato l'importanza di non eludere l'effetto utile della direttiva, cioè l'assoggettabilità alla disciplina concorrenziale di tutte le opere pubbliche, cioè rispondenti all'interesse generale e realizzate a vantaggio della collettività. E richiamando un proprio precedente atto a carattere generale sui c.d. "programmi complessi" (determinazione n. 4 del 4 febbraio 2008), ha evidenziato tutte quelle specifiche clausole dell'accordo di programma dalle quali si poteva ricavare la sussistenza di uno scambio che assumeva carattere essenziale nella trattativa e consentiva, dunque, di affermare la natura negoziale dell'accordo, la cui realizzazione deve essere disciplinata in applicazione analogica dell'istituto delle opere a scomputo previsto all'art. 32, co. 1, lett. g), per le opere sopra soglia, e agli artt. 121 e 122 del Codice, per le opere sotto soglia.

Sulla scorta di tali premesse, l'Autorità ha concluso per il necessario assoggettamento al Codice della realizzazione della strada Cassanese *bis*, escludendo che si potesse accedere all'ipotesi di permettere l'esecuzione diretta, a cura e spese dell'OE multinazionale, mediante stipula di contratto d'appalto di diritto privato con affidatario dei lavori scelto senza esperimento di gara pubblica.

Il contratto di disponibilità e la realizzazione di opere demaniali o da realizzarsi su demanio pubblico

È stato chiesto, da parte del concessionario *ex lege* dell'infrastruttura demaniale su cui insiste il realizzando intervento, l'avviso dell'Autorità circa la possibilità di ricorrere al contratto di disponibilità (art. 3, co. 15-*bis* e art. 160-*ter* del Codice) per l'affidamento da parte di una società pubblica di progetto, di lavori di completamento/adeguamento di un importante tratto stradale (E78 Grosseto-Fano). Nel quesito, volto al superamento di quanto osservato nella determinazione n. 4 del 22 maggio 2013 circa i limiti all'utilizzo del contratto di disponibilità in caso di opere demaniali o da realizzarsi sul demanio, è stata fatta valere la circostanza per cui le aree di sedime demaniale su cui dovrebbe realizzarsi l'intervento sono in concessione all'istante in virtù di una norma di legge e diventerebbero oggetto di subconcessione all'affidatario del contratto di disponibilità: ciò comporterebbe la titolarità, in capo all'affidatario, di un diritto di natura non tipicamente reale, ma avente portata concessoria nei confronti dell'opera realizzata, con la conseguenza che, al termine del contratto, l'acquisizione dell'infrastruttura sarebbe necessaria (e non già facoltativa come nel contratto di disponibilità), data la natura dei beni e la loro non fungibilità a corrispondere ad interessi diversi da quelli pubblici, propri dei beni appartenenti al demanio stradale.

La risposta al quesito ha richiesto l'analisi del contratto di disponibilità di cui l'Autorità ha evidenziato il carattere innovativo di strumento negoziale estremamente duttile con il quale l'amministrazione, per il tramite di procedure ad evidenza pubblica, promuove la realizzazione di un'opera privata (e che salvo diverso avviso dell'amministrazione rimane tale) gravata da un vincolo di destinazione allo svolgimento di un servizio pubblico, di cui si assicura la disponibilità per un certo lasso temporale avendo garantito dal privato proprietario il mantenimento dei livelli di funzionalità pattuiti.

A fronte della caratteristica peculiare del contratto di disponibilità rappresentata dalla proprietà privata dell'opera realizzata, l'Autorità è stata indotta a confermare, con il parere sulla normativa del 23 gennaio 2015, la posizione assunta nella determinazione 4/2013 - secondo cui il contratto di disponibilità non può riguardare opere demaniali o da realizzarsi sul demanio pubblico, mentre può essere utilmente impiegato per la realizzazione di aree immobiliari - non ritenendo significativa la circostanza che l'area demaniale sia oggetto di concessione e che quindi l'affidatario del contratto di disponibilità, benché non proprietario, sia titolare di un diritto avente portata concessoria.

Ciò in quanto la concessione *ex lege* non incide sulla natura demaniale del bene, la quale, a sua volta, esclude che l'area (e l'opera) possano considerarsi di proprietà di "terzi", in difformità a quanto risulta essere uno dei tratti distintivi del contratto di disponibilità, escludendo che l'ipotesi negoziale prospettata corrisponda al modello di contratto di disponibilità tipizzato dal legislatore.

Ad ulteriore conforto di una simile conclusione, l'Autorità ha evidenziato che la circostanza che l'affidatario non sia proprietario ma mero concessionario priva di efficacia l'eventuale risoluzione del contratto di disponibilità giacché l'opera continua comunque a permanere nel demanio dello Stato e priva l'amministrazione della possibilità di scegliere di non acquisirla al termine del contratto, neutralizzando, di fatto, gli strumenti negoziali offerti dal legislatore all'amministrazione per circoscrivere il proprio impegno contrattuale nei limiti in cui l'opera sia rispondente alle caratteristiche prestazionali prestabilite.

I protocolli di legalità e il divieto di subappalto per le imprese partecipanti alla gara

Un quesito di notevole interesse riguardante il contemperamento delle esigenze di tutela della libera concorrenza con la libertà d'organizzazione d'impresa ha riguardato la legittimità della clausola, sovente presente nei protocolli di legalità, che vieta all'aggiudicatario della gara di subappaltare ad altre imprese che abbiano presentato autonoma offerta nella medesima gara.

Sulla scorta delle considerazioni svolte nella determinazione n. 14 del 15 ottobre 2003, che sono state confortate dai più recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali, l'Autorità ha valutato che una simile clausola, in quanto limitativa della libertà di organizzazione dell'impresa, nonché della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), vada applicata nel rispetto del principio di proporzionalità, in un'ottica di contemperamento della necessità di prevenire condotte anticoncorrenziali, anche aventi connotazione mafiosa, con il principio di libera organizzazione dei mezzi imprenditoriali, e dunque partendo dall'analisi, caso per caso, del mercato di riferimento, con la valutazione del livello di rischio condotta in riferimento alla tipologia di lavori/beni/servizi oggetto della gara, al contesto ambientale, al numero e alle dimensioni delle imprese operanti nel settore di interesse, al livello di "influenza" mafiosa nel richiamato settore, ecc. Queste considerazioni - le stesse che hanno indotto ad escludere la clausola in esame da quelle previste nei bandi-tipo di cui all'art. 64, co. 4-*bis*, del Codice - hanno portato l'Autorità,

come da parere sulla normativa del 12 marzo 2014, a ritenere che la previsione possa rientrare in un protocollo di legalità (o patto d'integrità) solo previa specifica valutazione del livello di rischio di infiltrazioni mafiose nel mercato di riferimento.

Capitolo 8

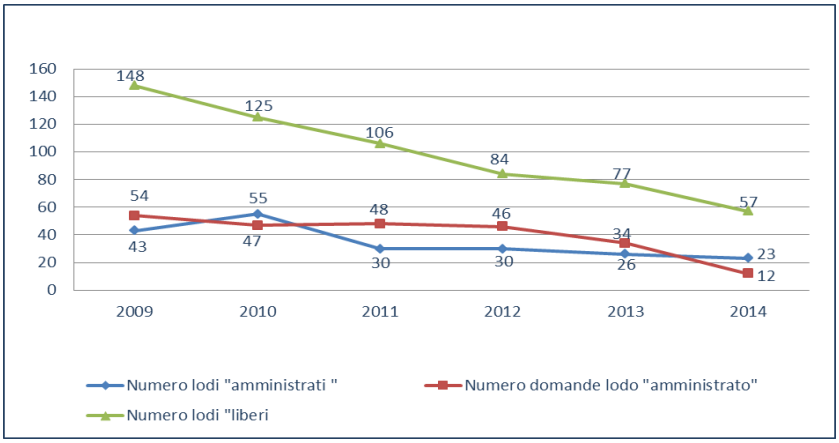
La risoluzione delle controversie: l'arbitrato e le attività della Camera arbitrale

8.1 L'arbitrato nei contratti pubblici: una storia complessa e un presente difficile

Tradizionalmente quella del contenzioso relativo alla fase di esecuzione dell'appalto costituisce una delle maggiori criticità dell'intera materia della contrattualità pubblica, come si evince anche da quanto illustrato nel capitolo 5. Ciò è da ritenere attribuibile, in larga misura, alle discontinuità che hanno storicamente caratterizzato l'atteggiamento del legislatore nazionale sul tema del trattamento delle modalità alternative di risoluzione delle controversie in esame e, in particolare, dell'arbitrato.

I dati attualmente rilevabili al riguardo evidenziano come l'istituto dell'arbitrato sia in profonda crisi. Innanzitutto, il numero, pari a 12, delle domande di arbitrato "amministrato" dalla Camera arbitrale costituita presso l'Autorità ai sensi dell'art. 241, co. 7 e co. 15, del Codice dei contratti pubblici, introdotte nel 2014 con istanza di nomina del terzo arbitro, ha confermato e, anzi ulteriormente e gravemente rinforzato, il *trend* in diminuzione nell'ultimo triennio delle domande stesse rispetto alla media annuale del triennio precedente (a sua volta in leggero decremento rispetto al triennio ancora precedente), collocata intorno alle 50 istanze; *trend* che si era invero già accentuato nel 2013, come anche rappresentato nella figura 8.1

Figura 8.1 *Trend* di lodi "amministrati", "liberi" e delle domande di arbitrato amministrato



Fonte: Camera arbitrale

Del pari in diminuzione risulta il *trend* degli arbitrati "liberi", vale a dire quelli per i quali il presidente del collegio arbitrale è scelto d'accordo tra le parti (o su loro mandato dagli arbitri di parte) ai sensi dell'art. 241, co. 5, del Codice dei contatti pubblici. Il dato rilevante in proposito - pur non pienamente omogeneo con il precedente, ma l'unico che è conoscibile dalla Camera arbitrale, sulla base dell'adempimento inerente al deposito del lodo previsto dal co. 10 del citato articolo - indica infatti una flessione negli ultimi tre anni, che ha portato il numero medio di lodi pronunciati all'esito di una procedura libera poco al di sopra di 70 (mentre la media dei tre anni precedenti era attestata intorno al numero di 125).

Nella stessa direzione risulta essere orientata una seconda serie di dati, questa volta più strettamente omogenea al suo interno. Il valore delle controversie risolte con i lodi emessi a seguito di procedura amministrata (23 nel 2104) ha presentato un valore medio di circa 3.665.441 euro (formata da importi disposti tra valore minimo di 285.526 euro e un valore massimo assai prossimo ai 23.300.000 euro), in netta diminuzione rispetto al dato rilevato per l'anno precedente (pari a oltre 5.540.000 euro). Analogamente, lo stesso dato per il 2014 relativo ai 57 lodi depositati presso la Camera arbitrale a seguito di procedura libera espone un valore medio delle controversie pari a circa 14.492.839 euro (formata da importi disposti tra un valore minimo vicino ai 12.960.000 euro e un valore massimo di circa 276.904.708 euro), anche in questo caso in (ancor più) evidente flessione rispetto al dato rilevato per l'anno precedente (pari a poco meno di 36.927.000 euro), come anche riportato nella tabella 8.1 che ricomprende nel V e VI scaglione - come definiti sulla base del decreto del Ministro dei Lavori pubblici del 2 dicembre 2000, n. 398 (*Regolamento recante*

le norme di procedura del giudizio arbitrale, ai sensi dell'articolo 32, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni) - i suddetti valori medi per il 2014 ripartiti, rispettivamente, tra valori sotto e sopra media.

Tabella 8.1 Valore delle controversie in base alla tariffa allegata al d.m. n. 398/2000

Valore delle controversie in base alla Tariffa allegata al d.m. 398/2000	Procedimenti amministrati	Procedimenti liberi
I scaglione (fino a € 103.291.38)	/	2
II scaglione (da € 103.291,38 a € 258.228,45)	/	4
III scaglione (da € 258.228,45 a € 516.456,.90)	2	6
IV scaglione (da € 516.456,90 a € 2.582.284,49)	12	18
V scaglione (da € 2.582.284,49 a € 5.164.568,99)	4	8
VI scaglione (da € 5.164.568,99 a € 25.822.844,95)	5	12
VII scaglione (da € 25.822.844,95 a € 51.646.689,91)	/	3
VIII scaglione (oltre € 51.646.689,91)	/	4

Fonte: Camera arbitrale

Anche l'andamento delle funzioni di competenza della Camera arbitrale relativamente alla tenuta dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei periti per i giudizi arbitrali può essere assunto come dato a conferma del declino dell'arbitrato per il contenzioso dei contratti pubblici. Tenuto conto dell'elemento normativo per il quale la durata della validità dell'iscrizione ai suddetti albi è triennale, in effetti, nel 2014 le cancellazioni dal sistema, pari a 98 (di cui due per mancanza di requisiti), non sono state compensate dalle iscrizioni, pari a 50; l'elenco dei periti ha visto, invece, 44 cancellazioni a fronte di 39 nuove iscrizioni.

Già questi primi dati, dunque, sembrano sufficienti per rappresentare una situazione caratterizzata da una sorta di "fuga" dall'arbitrato, favorita dalle sinergie che si sono venute a realizzare tra alcuni fattori di indole anche diversa. Il clamore suscitato da alcuni episodi di malcostume che si sono verificati negli anni trascorsi, l'esplosione dei costi del giudizio arbitrale, particolarmente penalizzante per le finanze delle amministrazioni pubbliche, una serie di misure normative - prima l'obbligo per le PA di inserimento della clausola compromissoria fin dal bando di gara, poi il divieto del compromesso, infine la necessità per le amministrazioni stesse di munirsi di apposita autorizzazione da parte del rispettivo organo di governo, anche a sanatoria per i patti arbitrali preesistenti - indubbiamente hanno in vario modo scoraggiato l'idea stessa del ricorso all'arbitrato nella materia dei contratti pubblici.

Per converso, come del resto già esposto in più passaggi della presente *Relazione*, i fattori di criticità si annidano in ogni momento dell'azione contrattuale pubblica - a partire dalla fase della programmazione e della progettazione delle prestazioni che saranno assunte a oggetti contrattuali, a seguire nelle procedure di aggiudicazione dei contratti, nella gestione dell'esecuzione del regolamento contrattuale - e, quindi, le eventuali problematiche al momento del contenzioso sono spesso solamente l'ultima "coda", se non la sommatoria, delle risultanze precedenti.

In questo quadro, invero, andrebbero anche ripensate quelle stesse misure, sopra menzionate, che negli ultimi anni hanno ingessato, o meglio reso instabili le modalità di ricorso all'arbitrato, creando spazi anche per comportamenti opportunistici di questa o quella parte della rapporto contrattuale. Infatti, vero è che dai dati disponibili presso la Camera arbitrale e riferiti al biennio 2013-2014, dei cinque casi che risultano abbandonati successivamente all'introduzione della domanda di arbitrato presso la Camera stessa (di cui quattro nel 2014), solo due sembrano poter essere direttamente ascritti, ad esempio, alle specifiche disposizioni poste al riguardo dalla l. 190/2012 e più precisamente: in un caso, al meccanismo dell'autorizzazione "postuma" disposto, a pena di nullità, della clausola compromissoria o, comunque, del ricorso all'arbitrato dall'art. 1, co. 19, della suddetta legge; nell'altro caso, per la mancata nomina, in veste di arbitro rimesso alla designazione della parte pubblica, di un dirigente pubblico con contestuale determinazione del compenso spettante per l'attività arbitrale, secondo quanto sancito, a pena della nullità della nomina stessa, dal suddetto comma. Peraltro, in relazione al già menzionato meccanismo di autorizzazione, va detto che, seppure si tratti di un "congegno" conosciuto anche in altri ordinamenti vicini al nostro (si veda l'art. 132 del *Code desmarchés publics)*), si ritiene che venga ad inserirsi nell'ordinamento italiano, in un tessuto di relazioni istituzionali tra politica e amministrazione che sono costruite ben diversamente rispetto al modo francese e, in una trama di regole per l'esecuzione contrattuale che, pur riconoscendo diritti potestativi alla parte pubblica, si avvicina di più ad una forma anomala di autotutela pubblicistica che non a una forma tipica di autotutela privatistica.

Ciò detto, qualora si ritenesse necessario rilanciare l'istituto dell'arbitrato come strumento alternativo al contenzioso, anche al fine di evitare che il peso delle controversie gravi interamente sulla sola giustizia ordinaria, tra le prospettive di riforma dell'istituto

potrebbero rientrare disposizioni volte a garantire una maggiore trasparenza dell'intera procedura dell'arbitrato amministrato, accompagnata da meccanismi preventivi e di controllo idonei a garantire l'integrità della decisione e la possibilità di attribuire agli arbitri la qualifica di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, in deroga all'art. 813, co. 2, del *Codice di procedura civile*, affinché gli stessi rispondano anche in termini di illecito civile senza le attuali limitazioni di cui all'art. 813-*ter*, del *Codice di procedura civile*. Inoltre, si potrebbe ipotizzare una funzione dell'arbitrato maggiormente assistita e garantita da un organismo neutro e imparziale, che potrebbe agire nel senso della deflazione del contenzioso giudiziale, in un settore di assai rilevante interesse per l'economia nazionale, con effetti di riduzione dei tempi e anche dei costi complessivamente connessi a singole operazioni contrattuali. Una riflessione potrebbe aprirsi anche in relazione alla possibilità di introdurre dei limiti ai compensi degli arbitri, senza tuttavia pregiudicare un adeguato riconoscimento delle professionalità necessarie.

8.2 L'andamento delle attività della Camera arbitrale e le proposte di riforma

Attualmente la Camera arbitrale per i contratti pubblici, come è noto, esercita le funzioni rispettivamente previste dall'art. 242, co. 1 e 7, dall'art. 243, co. 5, 6 e 9, e dall'art. 241, co. 9 e 10, del Codice dei contratti pubblici. In particolare, cura la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei periti al fine della nomina dei consulenti d'ufficio nei giudizi arbitrali, redige il codice deontologico degli arbitri camerali, provvede agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale, nell'ipotesi di mancato accordo tra le parti per la nomina del terzo arbitro, cura annualmente la rilevazione dei dati emergenti dal contenzioso in materia di lavori pubblici per la successiva trasmissione all'Autorità. Inoltre, determina il compenso degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio, nonché la misura dell'acconto e il saldo per la decisione della controversia; provvede, infine, all'amministrazione del deposito dei lodi.

La tenuta degli albi e la nomina di arbitri e consulenti tecnici d'ufficio

L'iscrizione all'albo degli arbitri, dal quale la Camera arbitrale provvede a individuare il nominativo del terzo arbitro nell'ipotesi di sua competenza, è limitata - a causa della sopravvenienza rispetto al disposto dell'art. 242, co. 6, del Codice dei contratti, dell'art. 1, co. 18, della l. 190/2012, che ha escluso la legittimazione ad assumere incarichi nei giudizi

arbitrali da parte di magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, componenti delle commissioni tributarie, nonché di avvocati e procuratori dello Stato - a soggetti, appartenenti a determinate categorie, in possesso dei requisiti di onorabilità fissati dalla Camera e che non si trovino, per tutto il periodo di iscrizione, in situazioni di conflitti di interesse.

L'iscrizione all'elenco dei periti per la nomina da parte del Consiglio della Camera arbitrale, previa richiesta dei collegi arbitrali, dei consulenti d'ufficio è invece limitata, ai sensi dell'art. 242, co. 7, del Codice dei contratti pubblici, ai tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria o architettura, nonché ai dottori commercialisti in possesso dei medesimi requisiti professionali.

Anche per il 2014 è stata confermata la tendenza per la quale le concrete nomine nelle funzioni in oggetto ricadono in prevalenza più o meno marcata, per il terzo arbitro, su soggetti titolari di competenze ed esperienze giuridiche; per il consulente d'ufficio, le nomine ricadono, invece, su soggetti titolari di competenze ed esperienze ingegneristiche[45]).

Ciò premesso, occorre sottolineare l'opportunità di mantenere in vigore sia l'albo che l'elenco in esame, tuttavia prefigurando per l'accesso ai medesimi, standard più elevati idonei a garantire una migliore e più adeguata professionalità, nonché requisiti di moralità e onorabilità più certi in capo agli iscritti. A questo fine dovrebbe essere direttamente la fonte di rango legislativo a predeterminare, secondo criteri rigorosi i suddetti requisiti, demandando alla Camera arbitrale, in sede di formulazione del codice deontologico o di altro atto generale, la declinazione di questi più elevati requisiti e le modalità della loro dimostrazione, e mantenendo nel contempo, sempre in capo alla Camera arbitrale, la verifica del loro possesso da parte dei candidati all'iscrizione nonché del loro mantenimento per tutto il periodo di validità dell'iscrizione stessa.

In tale contesto, infine, merita di essere considerata la questione, da alcuni sollevata, del mantenimento o meno delle disposizioni normative relative alla nomina ad opera delle amministrazioni dei dirigenti pubblici come arbitri di parte, introdotte dall'art. 1, co. 22-24, l. 190/2012. Qualora si optasse per la soluzione positiva, fermi restando in ogni caso gli obblighi di pubblicità, trasparenza e rotazione nelle nomine, si ritiene opportuno almeno integrare il disposto precettivo esistente con la previsione per cui il dirigente

[45] Prendendo come riferimento i lodi amministrati depositati nel 2014, si tratta di 13 casi su 20.

pubblico nominando dovrebbe comunque essere incardinato in un'amministrazione afferente a un comparto diverso da quello cui afferisce l'amministrazione parte in lite, evitando situazioni anche estreme, ma di autentico paradosso, per le quali a un medesimo organo vengono ora attribuiti i poteri di selezione e di controllo disciplinare sul soggetto designato quale arbitro.

Inoltre, per ciò che concerne la composizione del collegio arbitrale, potrebbe valutarsi l'opportunità di prevedere una misura legislativa che assegni alla Camera il compito di determinare requisiti di onorabilità, moralità e professionalità analoghi a quelli stabiliti per l'iscrizione all'albo, nonché il compito della verifica del possesso dei requisiti stessi, e dell'assenza di situazioni di conflitto di interessi, in capo ai soggetti autonomamente scelti dalle parti del giudizio arbitrale.

Il meccanismo di individuazione degli arbitri potrebbe essere ulteriormente rafforzato prevedendo regole volte ad assicurare la rotazione degli stessi.

Tali misure potrebbero contribuire alla riduzione del dualismo attualmente presente nel Codice dei contratti pubblici, auspicando l'unificazione dei due modelli dell'arbitrato libero e dell'arbitrato amministrato, in modo da eliminare duplicazioni e complicazioni obiettivamente poco razionali, e agendo positivamente sul grado di qualità professionale nella gestione delle procedure.

I compensi degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio e il riparto delle spese del giudizio arbitrale

I compensi liquidati a favore dei collegi arbitrali dalla Camera arbitrale per i 23 lodi amministrati depositati nel 2014 ammontano a 758.175 euro, per una media pari a 32.974 euro, a sua volta calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 14.000 euro e di un compenso massimo pari a 87.967 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei collegi arbitrali è risultato complessivamente pari al 29,62%. I compensi liquidati a favore dei 20 consulenti d'ufficio nominati dalla Camera arbitrale ammontano, nel 2014, a 451.989 euro, per una media pari a 22.599 euro, a sua volta calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 14.763 euro e di un compenso massimo pari a 61.527 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei consulenti è risultato complessivamente pari al 21,12%.

Con riferimento alle spese per il giudizio arbitrale (quasi sempre calcolate comprendendo anche i compensi per il collegio arbitrale e le altre voci di spesa), va segnalato come dai

lodi amministrati depositati nel 2014 risulti che in un caso il riparto ha penalizzato la parte privata (nella misura del 100%), in otto casi lo stesso è stato paritario tra le parti, in tutti i rimanenti casi ha penalizzato la parte pubblica (in tre casi nella misura del 100%). Dai lodi liberi depositati, risulta che in 12 casi il riparto ha penalizzato la parte privata, in 29 casi è stato paritario, in 16 casi ha penalizzato la parte pubblica (in tre casi nella misura del 100%).

Per una maggiore certezza delle regole di applicazione dell'arbitrato

Un ultimo punto merita di essere preso in considerazione, qualora il legislatore valuti l'ipotesi di una rivisitazione dell'attuale impianto normativo in materia. Ai sensi dell'art. 241, co. 1, del Codice dei contratti pubblici, nel testo attualmente vigente, possono essere deferite ad arbitri «le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240».

In effetti, i dati riferiti al 2014 e relativi alla tipologia di appalto interessata dal ricorso all'arbitrato confermano la vocazione tradizionale dell'istituto, quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie concernenti soprattutto l'appalto di lavori e, in misura nettamente inferiore, gli appalti di servizi. Per quanto riguarda i lodi pronunciati all'esito di una procedura amministrata, in particolare, solo in tre casi la controversia concerneva un appalto misto lavori-servizi e in un quarto caso un appalto misto di lavori-servizi-forniture; per quanto riguarda i lodi pronunciati all'esito di una procedura libera, in sedici casi la controversia riguardava un appalto di soli servizi, per il resto invece riguardava un appalto di lavori.

Del resto, anche prendendo in esame i soli lodi amministrati, il 2014 ha confermato, come rilevato negli anni precedenti, la varietà di contenuti che l'arbitrato può presentare. Merita comunque di essere segnalato, da un punto di vista più generale, l'incremento della domanda da parte dell'appaltatore della risoluzione per gravi inadempimenti e violazioni degli obblighi di collaborazione da parte della stazione appaltante, spesso imputati a cattiva e inadeguata progettazione, carente dei requisiti di cantierabilità, a sospensione dei lavori, a ritardi nelle operazioni di competenza della stessa e conseguente dilatazione dei tempi di esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto.

Capitolo 9

La regolazione del mercato

L'intensa produzione normativa, di natura spesso emergenziale, diretta a ridurre e razionalizzare la spesa pubblica ovvero a potenziare la prevenzione di infiltrazioni della criminalità organizzata e dei fenomeni corruttivi, ha avuto un forte impatto anche sulla disciplina in materia di contratti pubblici, sia attraverso modifiche dirette del Codice, che per effetto di norme extravaganti che, comunque, hanno avuto importanti ricadute sulla disciplina degli appalti.

Per rispondere al meglio alle esigenze manifestate dal contesto di riferimento, l'Autorità in sede di riorganizzazione ha deciso di dotarsi, come già ampiamente anticipato, di un'apposita area dedicata alla regolazione che assomma in sé ben sette uffici la cui attività spazia dal "controllo" nelle materie dei contratti pubblici, anticorruzione, trasparenza e PNA, alla definizione di costi standard e prezzi di riferimento, fino al monitoraggio dei soggetti aggregatori cui all'art. 9, co. 2, del d.l. 66/2014.

Nel dettaglio, i numerosi e spesso non coordinati interventi del legislatore, hanno reso necessaria l'adozione da parte dell'Autorità di atti a carattere generale finalizzati a fornire indicazioni per l'applicazione uniforme e coerente delle norme. In questi casi, l'Autorità ha proceduto mediante la previa pubblicazione di documenti di consultazione sottoposti alle osservazioni dei soggetti interessati e con la successiva approvazione di determinazioni che hanno riguardato tematiche di carattere generale concernenti l'affidamento dei contratti di appalto.

La funzione di regolazione della materia degli appalti, è stata, altresì, esercitata - sempre secondo il procedimento che prevede una preventiva attività di consultazione - attraverso l'adozione di atti riguardanti determinate tipologie di contratti o specifici settori merceologici, anche allo scopo di fornire alle SA indicazioni concrete da osservare in sede di predisposizione degli atti di gara.

Infatti, in forza di quanto previsto dal co. 4-*bis* dell'art. 64 del Codice, l'Autorità svolge il compito di standardizzare la documentazione di gara mediante l'adozione di bandi-tipo, contenenti anche l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46, co. 1-*bis*, del Codice. Attraverso il bando-tipo, l'Autorità può indirizzare le SA, semplificando la complessa attività di predisposizione della documentazione di gara e, soprattutto, ridurre il contenzioso derivante dalla previsione, nei bandi, di cause di esclusione che non trovano fondamento normativo nel citato art. 46. Secondo quanto previsto dalla norma, i bandi-tipo hanno carattere vincolante nella misura in cui le SA possono derogarvi solo indicandone espressamente le ragioni nella delibera a contrarre o negli atti di gara.

Nei casi in cui il difetto di coordinamento tra disposizioni non è risultato superabile mediante la sola attività interpretativa, l'Autorità ha, invece, fatto ricorso ad atti di segnalazione a Governo e Parlamento prospettando direttamente al legislatore gli opportuni interventi di modifica delle norme.

Con un atto di segnalazione a Governo e Parlamento, subito dopo la pubblicazione delle nuove direttive europee n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, n. 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, l'Autorità ha anche formulato le prime osservazioni in merito alle più rilevanti novità introdotte dal legislatore europeo ed alle tematiche da considerarsi strategiche in fase di recepimento.

Nell'ambito dell'attività regolatoria, merita, altresì, di essere rappresentata anche l'attività di definizione dei prezzi di riferimento elaborati dall'ANAC nelle more della determinazione dei costi standardizzati, utili ai fini del contenimento della spesa pubblica per beni e servizi.

9.1 Le determinazioni su questioni di carattere generale

La nuova disciplina del soccorso istruttorio

L'analisi della nuova disciplina in materia di soccorso istruttorio, introdotta ad opera del d.l. 90/2014 che ha modificato gli artt. 38 (con l'introduzione del co. 2-*bis*) e 46 (con l'introduzione del co. 1-*ter*) del Codice, è stata affrontata dall'Autorità allo scopo di fornire i criteri per l'esatta interpretazione di una novella che anziché deflazionare il contenzioso, secondo la *ratio* ispiratrice, avrebbe potuto generarne di nuovo, e dar luogo ad

interpretazioni ed applicazioni difformi tra le SA, aumentando l'incertezza sul tema delle cause di esclusione dalle gare di appalto.

La richiamata novella è stata introdotta allo scopo di superare le incertezze interpretative ed applicative del combinato disposto degli artt. 38 e 46 del Codice (oggetto di orientamenti giurisprudenziali non univoci) mediante la procedimentalizzazione del soccorso istruttorio, che è divenuto doveroso per ogni ipotesi di omissione o di irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni rese in gara, e la configurazione dell'esclusione dalla gara come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione, regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti, entro il termine assegnato dalla SA e non più da carenze originarie.

A fronte del disposto del co. 2-*bis*, dell'art. 38, l'Autorità ha pubblicato un documento di consultazione (da cui ha avuto origine la determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015) nel quale ha proposto la propria linea ermeneutica in ordine all'individuazione delle fattispecie ascrivibili alla «mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive» ed alle «irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili», avendo riguardo all'impatto della novella sulle cause tassative di esclusione, così come previste dalla normativa previgente e non modificata dalla nuova norma.

L'Autorità ha colto la necessità di un proprio intervento volto a dirimere i dubbi interpretativi a cui la nuova norma dà adito, consapevole che le difficoltà interpretative in materia si riflettono sia sulla correttezza dei provvedimenti che la SA deve assumere in gara in ordine alla possibilità per il concorrente di normalizzare le irregolarità della propria dichiarazione, nonché di evitare o meno l'applicazione della sanzione pecuniaria prescritta dall'art. 38, co. 2-*bis*, sia sulla corretta individuazione di tutte quelle cause tassative di esclusione strettamente connesse al contenuto dell'offerta, ovvero alla segretezza della stessa, in presenza delle quali, in ossequio al principio di parità di trattamento e di perentorietà del termine di presentazione dell'offerta, non si ritiene possa essere ammessa alcuna integrazione e/o regolarizzazione.

Aggregazione degli acquisti dei comuni

Altra novella che ha sollecitato l'esercizio della funzione regolatoria dell'Autorità è stata la modifica apportata al co. 3-*bis*, dell'art. 33 del Codice dal d.l. 66/2014 e dall'art. 23-*bis*

della l. 114/2014, con la previsione dell'obbligo per i comuni non capoluogo di provincia di procedere all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'art. 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*), ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle province, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province, ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56 (*Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*) o, in alternativa, di acquisire beni e servizi attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento.

La disposizione, evidentemente dettata da una pressante esigenza di contenimento della spesa pubblica, è finalizzata a realizzare un accorpamento della domanda di lavori, beni e servizi da parte dei comuni attraverso l'imposizione di forme di aggregazione (unioni, accordi consortili, soggetti aggregatori e province) ai fini dell'affidamento dei contratti pubblici. Lo scopo è quello di canalizzare la domanda di lavori, beni e servizi proveniente da una miriade di comuni, anche di dimensioni estremamente ridotte, verso strutture aggregatrici, con l'effetto di concentrare le procedure di acquisto, aumentando di conseguenza i volumi messi a gara e riducendo nel contempo le spese e i rischi connessi alla gestione delle procedure.

Il sistema di centralizzazione degli acquisiti introdotto dal nuovo co. 3-*bis*, dell'art. 33, tuttavia, si è inserito in un panorama molto eterogeneo caratterizzato, oltre che dalla presenza di forme associative tra comuni *ex* d.lgs. 267/2000 per l'esercizio coordinato/associato di funzioni, dalla istituzione delle stazioni uniche appaltanti (SUA), nonché dalla operatività sul territorio di soggetti costituiti in forma societaria svolgenti funzioni di centrali di committenza per gli enti locali.

Il primo intervento di regolazione dell'Autorità in materia è stato volto a fornire chiarimenti in ordine ai rapporti tra i due distinti istituti della centrale unica di committenza e della SUA e, quindi, circa la relazione sussistente tra l'adempimento dell'obbligo prescritto dall'art. 33, co. 3-*bis*, del Codice e l'adesione alla SUA laddove istituita ai sensi della legge 13 agosto 2010, n. 136 (*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*). Allo scopo, l'Autorità ha pubblicato un documento di consultazione, che ha successivamente dato origine alla determinazione n. 3 del 25 febbraio 2015. La determinazione, partendo dalla definizione di SUA come avente

natura di centrale di committenza fornita dall'art. 2, co. 1, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 giugno 2011 (*Stazione Unica Appaltante, in attuazione dell'articolo 13 della legge 13 agosto 2010, n. 136 - Piano straordinario contro le mafie*), ha proposto una visione unitaria e sistematica delle norme - co. 3-*bis* dell'art. 33 del Codice e l. 136/2010 - che, seppure a fini diversi (contenimento della spesa pubblica e prevenzione del rischio di infiltrazioni mafiose), concernono la figura della SA e il suo utilizzo, giungendo a ritenere che, sicuramente per i lavori, si possa adempiere alla previsione di cui al citato co. 3-*bis* attraverso il conferimento da parte di un'unione di comuni o di un accordo consortile tra più comuni delle funzioni di SA al provveditorato eventualmente già individuato anche come soggetto svolgente le funzioni di SUA. Facendo seguito alla citata determinazione 3/2015, l'Autorità, a seguito di numerosi quesiti e di diverse criticità sollevate in merito all'applicazione del novellato testo dell'art. 33, co. 3-*bis*, del Codice, ha elaborato un nuovo documento, integrativo del precedente, per fornire ulteriori chiarimenti e interpretazioni sull'obbligo di aggregazione imposto ai comuni non capoluogo di provincia.
Sulla materia, l'Autorità ha anche avviato una collaborazione con l'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI) per l'erogazione di formazione *on line* (*webinar*) a favore dei comuni sulla tematica delle centrali uniche di committenza.

L'applicazione dell'art. 48 del Codice

Con la determinazione 1/2014, l'Autorità ha rivisitato l'intera materia della verifica del possesso dei requisiti speciali di partecipazione di cui all'art. 48 del Codice, al fine di fornire utili indicazioni operative alle SA ed agli OE. Con tale atto l'Autorità ha inteso approfondire, attraverso un'analisi sistematica, tutti gli aspetti potenzialmente critici dell'istituto al fine di garantire un'applicazione corretta e puntuale della normativa.
Ribadita l'obbligatorietà del procedimento di verifica di cui all'art. 48 per tutti i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia, ivi comprese le concessioni di lavori pubblici in virtù del rinvio operato dall'art. 142, co. 3, e rilevata la non applicabilità dello stesso alle concessioni di servizi di cui all'art. 30 del Codice e agli appalti nei settori speciali (fatto salvo quanto previsto dall'art. 230 del Codice stesso), l'Autorità ha fornito indicazioni in ordine ai livelli minimi specifici di capacità tecnico-economica e alla relativa comprova, alla determinazione del periodo di attività documentabile, ai mezzi di prova utilizzabili per dimostrare il possesso dei requisiti.

L'Autorità ha inoltre puntualizzato che l'ambito di applicazione dell'art. 48 si estende ai requisiti dichiarati, in caso di avvalimento, dall'impresa ausiliaria con la conseguenza che l'esito negativo della verifica dei requisiti di detta impresa comporta il difetto dei requisiti di partecipazione in capo al concorrente determinandone l'esclusione dalla gara e l'escussione della relativa cauzione provvisoria.

Per quanto concerne le ulteriori sanzioni previste dall'art. 48, co. 1, - sanzioni pecuniarie e sospensione dalla partecipazione alle gare - comminate a seguito di specifico procedimento condotto dall'Autorità, è stato ritenuto, in analogia con quanto previsto nel caso di mancata comprova del requisito in capo al progettista indicato negli appalti di progettazione ed esecuzione, che esse possano essere disposte anche nei confronti dell'impresa ausiliaria.

L'Autorità ha analizzato anche il tema della natura dei termini per gli adempimenti previsti dall'art. 48 ribadendo la perentorietà e improrogabilità del termine di dieci giorni (co. 1) entro il quale i concorrenti sorteggiati devono produrre la documentazione a comprova e, quanto al momento in cui effettuare la verifica a campione, ha ritenuto che si debba procedere una volta esauriti i controlli formali di ammissibilità (regolarità formale e tempestività), nei confronti delle sole offerte ammesse, e che non sia possibile l'ammissione con riserva delle offerte da sottoporre successivamente alla verifica di cui all'art. 48. Infine, l'Autorità ha illustrato puntualmente i presupposti al ricorrere dei quali scatta l'irrogazione delle sanzioni da parte della SA (esclusione dalla gara ed escussione della cauzione) e dell'Autorità (sanzioni pecuniarie ed interdittive).

Indicazioni operative in materia di cauzioni

Con la richiamata determinazione 1/2014, l'Autorità ha fornito alcune indicazioni operative per il superamento di talune criticità riscontrate, nell'ambito della propria attività istituzionale, in ordine all'applicazione dell'istituto della cauzione.

Le principali problematiche affrontate riguardano le difficoltà di escutere la cauzione specie nel caso di imprese di assicurazione e di intermediari finanziari, la presenza nel mercato di soggetti non autorizzati a prestare cauzioni, i requisiti eccessivi posti in materia di cauzioni da parte di diverse imprese attive nei settori speciali che possono finire con il limitare la partecipazione alle gare da parte delle PMI e la mancanza di una disciplina relativa allo svincolo della cauzione per gli appalti di servizi e forniture.

Con riferimento alla prassi seguita da numerose SA operanti nei settori speciali - nell'ambito dei quali non sono direttamente applicabili gli artt. 75 e 113 del Codice in quanto non richiamati dall'art. 206 - di richiedere la presentazione di cauzioni con requisiti così severi e stringenti da risultare discriminatori impedendo un corretto svolgimento delle procedure, l'Autorità ha chiarito che quando un'impresa pubblica o organismo di diritto pubblico attivi nei settori speciali decidono di richiedere una cauzione, provvisoria o definitiva, devono necessariamente trovare applicazione i principi di cui agli artt. 75 e 113 del Codice, e che la discrezionalità accordata dal legislatore a detti enti deve essere gestita secondo criteri non discriminatori, di logicità e ragionevolezza, rispettando il principio di proporzionalità e di congrua motivazione, e i principi e le disposizioni comuni a tutti gli appalti sia dei settori ordinari che di quelli speciali per come appunto definiti nel succitato art. 2. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che si ponga in violazione dei principi di cui all'art. 2 la richiesta da parte delle SA di *rating* pari o superiore ad un determinato minimo attribuito dalle società di certificazione internazionale poiché introduce restrizioni non previste dal Codice e che non appaiono neppure correlate e proporzionate con gli obiettivi che si intende perseguire.

L'Autorità ha, quindi, concluso richiamando la determinazione 2/2013, laddove è stato osservato che, piuttosto che valutare la qualità delle imprese di assicurazione sulla base del *rating*, è preferibile ricorrere ad altri indicatori quali l'indice di solvibilità, congiuntamente alla raccolta premi.

La procedura di concordato preventivo e i requisiti di qualificazione SOA

Con la determinazione n. 3 del 9 dicembre 2014, l'Autorità ha aggiornato il precedente comunicato n. 68/2011 - concernente la procedura di concordato preventivo e la sua incidenza sul mantenimento ai fini della qualificazione SOA del requisito generale di cui all'art. 38, co. 1, lett. a), del Codice - a seguito dell'introduzione dell'istituto del concordato preventivo finalizzato alla prosecuzione dell'attività da parte di imprese che versano in stato di crisi non insuperabile (c.d. "concordato con continuità aziendale"), disciplinato dall'art. 186-*bis* della legge fallimentare (introdotto dall'art. 33 del decreto legge del 22 giugno 2012, n. 83 (*Misure urgenti per la crescita del Paese*), e della facoltà riconosciuta, in via d'eccezione, alle imprese soggette a detta procedura concorsuale di partecipare a procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, al ricorrere dei determinate

condizioni, con conseguente modifica del dettato normativo di cui all'art. 38, co. 1, lett. a), del Codice.

Allo scopo di fornire chiarimenti in ordine alla corretta interpretazione della novellata normativa, l'Autorità ha analizzato il nuovo istituto, la cui *ratio* risiede nella volontà di supportare le imprese impegnate a recuperare la stabilità aziendale, chiarendo che, con la novella dell'art. 38, il concordato preventivo ordinario, ovvero con finalità liquidatorie, è stato confermato tra le cause ostative alla partecipazione alle gare, con conseguente incapacità di conseguire l'attestato di qualificazione SOA, in forza del rinvio contenuto nell'art. 78 del Regolamento ai requisiti di carattere generale previsti per la partecipazione alla gare.

Tuttavia, con l'espressa eccezione a favore del concordato preventivo avente le caratteristiche proprie del concordato con continuità aziendale ai fini della partecipazione alle gare, sulla base della medesima correlazione tra requisiti generali di partecipazione e requisiti generali di qualificazione SOA, ritenuto quanto previsto dal richiamato co. 4, dell'art. 186-*bis*, della legge fallimentare e tenuto conto che l'autorizzazione giudiziale postula il preventivo possesso della qualificazione SOA da parte dell'OE, l'Autorità ha concluso che la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con dette caratteristiche non comporta la decadenza dell'attestazione di qualificazione, né costituisce elemento ostativo ai fini della verifica triennale o del rinnovo (per le imprese già attestate) o del conseguimento dell'attestato di qualificazione (per quelle non attestate).

Per quanto concerne la fase successiva all'intervenuta ammissione al concordato, in corrispondenza della quale il legislatore condiziona la partecipazione alle gare alla presentazione di alcune garanzie (relazione di un professionista che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto e la presenza di un garante per l'esecuzione dell'opera nelle forme dell'avvalimento di cui all'art. 49 del Codice), l'Autorità ha evidenziato che, una volta intervenuto il decreto di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, la dimostrazione del requisito di cui all'art. 38, co. 1, lett. a), del Codice deve ritenersi consentita sia ai fini della partecipazione alle gare che ai fini dell'ottenimento della qualificazione SOA in forza del rinvio al citato art. 38 contenuto nell'art. 78 del Regolamento, senza che le richiamate prescrizioni di garanzia siano estensibili anche all'ambito della qualificazione.

9.2 Le linee guida riguardanti settori specifici

Le linee guida per l'affidamento dei servizi postali

Con la richiamata determinazione 3/2014, l'Autorità ha fornito indicazioni operative volte ad ampliare il mercato dei servizi postali e a permettere la partecipazione alle gare anche alle PMI. Il mercato dei servizi postali è stato caratterizzato da una graduale liberalizzazione avviata dal legislatore comunitario nel 1997, con la direttiva n. 97/67/CE, recepita nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 (*Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio*) e portata compimento dal decreto legislativo 31 marzo 2011, n. 58 (*Attuazione della direttiva 2008/6/CE che modifica la direttiva 97/67/CE, per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali della Comunità*) con il recepimento della c.d. "terza direttiva postale" che ha fissato il termine ultimo per la completa apertura del mercato al 31 dicembre 2010 per la maggioranza degli Stati membri, tra cui l'Italia. Il d.lgs. 58/2011 ha inoltre ridefinito l'ambito del servizio universale e, in conformità a quanto stabilito dalla terza direttiva postale, ha abolito la residua quota di monopolio in favore del fornitore del servizio universale, che il novellato art. 23 dello stesso Codice ha individuato in Poste Italiane S.p.A. per i successivi 15 anni, vale a dire fino al 30 aprile 2026. A Poste Italiane, quale fornitore del servizio universale, è stato lasciato il monopolio sulle notificazioni degli atti giudiziari e quelle relative alle violazioni del *Codice della strada*.

Il quadro normativo di riferimento sopra descritto, connotato dalla rimozione del monopolio e dalla liberalizzazione, fa sì che le amministrazioni aggiudicatrici debbano affidare gli appalti pubblici aventi ad oggetto i servizi postali tramite procedure di selezione del contraente basate su principi di evidenza pubblica, compresi quelli rientranti nell'ambito del servizio universale.

Tuttavia, segnalazioni pervenute dagli operatori del settore hanno evidenziato che effettive dinamiche concorrenziali stentano a svilupparsi, per una molteplicità di ragioni riconducibili alla permanenza di una struttura di mercato oligopolistica e ancora dominata dall'*ex* monopolista, a cui frequentemente gli appalti aventi ad oggetto i servizi postali vengono affidati direttamente, senza procedure ad evidenza pubblica. Altre criticità attengono a talune clausole dei bandi di gara, che hanno l'effetto di restringere irragionevolmente il numero dei possibili partecipanti alle procedure selettive, quali il c.d.

"*bundling*" (l'affidamento di servizi diversi nello stesso appalto), la richiesta di requisiti di partecipazione assai eterogenei e spesso non sufficienti a garantire l'affidabilità dell'esecutore, lo scarso adattamento degli istituti del subappalto e dell'ATI ad un servizio che, per gli OE che non posseggono una rete estesa come l'*ex* monopolista, deve essere svolto necessariamente in *partnership* con altri soggetti.

Al fine di superare le numerose criticità che caratterizzano il settore, l'Autorità ha fornito indicazioni in relazione all'oggetto dell'affidamento, alla divisione in lotti di recapito (prevedendo che le SA valutino nei bandi di gara l'opportunità di dividere l'oggetto dell'affidamento in più lotti di recapito distinti, ad esempio in base ad aree omogenee di territorio e che per tali valutazioni si debbano considerare elementi quali il numero di recapiti previsto, la frequenza di consegna e la specificità di servizio), alle informazioni che devono essere presenti nei bandi (sottolineando che spesso la carenza di indicazioni impedisce ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e quindi evidenziando la necessità che le SA indichino, nel bando di gara, i flussi storici di invio e di destinazione della corrispondenza diversificati per le tipologie di prodotti postali e per le diverse grammature) ed al criterio di aggiudicazione, ritenendo preferibile quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In merito a quest'ultimo, l'Autorità ha fornito, per la prima volta, l'indicazione alle SA di valutare l'opportunità di attribuire un punteggio aggiuntivo e proporzionato alle imprese in possesso del *rating* di legalità rilasciato dall'AGCM, di cui si è ampiamente parlato nel capitolo 3, o di certificazioni equivalenti rilasciate alle imprese straniere da altri organismi o autorità pubbliche. L'indicazione si riferisce agli appalti di grandi dimensioni, dal momento che possono richiedere il *rating* di legalità esclusivamente le imprese italiane con un fatturato superiore ai due milioni di euro. Al fine di garantire l'effettiva partecipazione alle gare delle PMI, l'Autorità ha anche suggerito di introdurre tale criterio di valutazione esclusivamente per gli appalti per i quali il fatturato minimo di partecipazione, per le imprese che partecipano anche in qualità di mandatarie, sia superiore alla soglia di due milioni di euro.

Le linee guida per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura

All'esito della consultazione pubblica che si è svolta nel corso del 2014, l'Autorità ha adottato la determinazione 4/2015 con la quale, avvalendosi del tavolo tecnico costituito

con le principali categorie professionali operanti nel settore, ha proceduto alla revisione ed all'aggiornamento delle "Linee guida in materia di affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura" di cui alla determinazione 5/2010 ed alla deliberazione AVCP n. 49 del 3 maggio 2012. L'atto affronta le principali questioni connesse all'affidamento dei servizi in esame, ponendo particolare attenzione agli strumenti volti a premiare la qualità della progettazione, a favorire l'apertura del mercato ai giovani professionisti e ad evitare il fenomeno dei ribassi eccessivi. In particolare, per l'affidamento dei servizi in esame, si è evidenziata la necessità di utilizzare tutti gli strumenti messi a disposizione del legislatore per favorire la presentazione di progetti di qualità, combinando opportunamente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con l'utilizzo di soglie di sbarramento e la riparametrazione del punteggio tecnico. Per promuovere l'apertura del mercato alle imprese di minori dimensioni e ai giovani professionisti si è data indicazione alle SA, in conformità agli orientamenti dell'Autorità per gli appalti di servizi e a quelli espressi dal legislatore comunitario nelle nuove direttive, di fissare requisiti di fatturato non superiori al doppio dell'importo a base di gara, motivando espressamente valori più elevati. Al contempo, si è fornita un'interpretazione delle norme in materia di organico minimo secondo cui la nozione di cui all'art. 263 del Regolamento deve ritenersi valida solo per le società di professionisti e società di ingegneria, potendo i singoli professionisti, ai sensi dell'art. 90 del Codice, partecipare individualmente alle procedure di affidamento.

Le linee guida sui servizi di manutenzione degli immobili

Nel 2014 si è anche svolta l'attività di consultazione avviata sul documento "Linee guida per l'affidamento dei servizi di manutenzione degli immobili", confluita poi nella determinazione n. 7 del 28 aprile 2015. L'atto ha ad oggetto contratti misti nei quali i servizi siano funzionalmente prevalenti rispetto ai lavori e affronta le principali problematiche riscontrate dall'Autorità nel settore.

Il documento riguarda, in particolare, l'affidamento di contratti misti nei quali i servizi siano funzionalmente prevalenti rispetto ai lavori, ed affronta le principali problematiche riscontrate dall'Autorità nel settore, quali i criteri per la distinzione tra servizi e lavori, la necessità di effettuare un'attenta analisi dei fabbisogni e di programmare i servizi, l'attenzione che le SA devono riporre nell'analisi del mercato di riferimento per definire aspetti rilevanti del disegno di gara quali il grado di integrazione dei servizi, la suddivisione

in lotti e la determinazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi. Le linee guida forniscono anche un "quadro logico" delle possibili attività di manutenzione. Tale quadro, ricostruito sulla base delle prassi di acquisto, è finalizzato a fornire alle SA uno strumento metodologico per inquadrare le diverse tipologie di attività (es. programmata, predittiva, migliorativa, a guasto) ed implementare quelle più adatte in relazione al caso concreto.

Come per altri servizi aventi carattere di complessità tecnico-organizzativa, l'Autorità ha suggerito di affidare i relativi contratti pubblici mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuando, altresì, possibili elementi di valutazione tecnica da considerare per valutare la qualità delle offerte.

9.3 I bandi-tipo

L'Autorità ha dato attuazione all'art. 64, co. 4-*bis*, del Codice, mediante la pubblicazione del modello di disciplinare di gara per gli appalti aventi ad oggetto i servizi di pulizia e igiene ambientale degli immobili nei settori ordinari e del modello di bando-tipo per l'affidamento degli appalti di lavori pubblici nei settori ordinari d'importo superiore a 150.000 euro, per i quali vige il sistema unico di qualificazione previsto dal Regolamento.

Entrambi i modelli, adottati a seguito della consultazione pubblica degli operatori del mercato e previa acquisizione del parere del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, costituiscono il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le SA sono tenute a redigere la documentazione di gara con riferimento alle parti individuate come vincolanti, nelle quali sono ricomprese le cause tassative di esclusione, salva la facoltà di derogare motivando.

Tali modelli, oltre a riprodurre le cause tassative di esclusione, come indicate in via generale nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, forniscono puntuali indicazioni sugli aspetti più importanti dell'*iter* di affidamento quali, ad esempio, la definizione dei requisiti di partecipazione, le modalità di presentazione delle offerte, la procedura di aggiudicazione e le regole per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (nel caso dei servizi di pulizie) o del prezzo più basso (nel caso dei lavori).

Lo scopo dei bandi-tipo è quello di omogenizzare i comportamenti delle SA, così da ridurre le incertezze interpretative, mediante una corretta lettura delle procedure e semplificare l'attività di predisposizione della documentazione di gara.

I disciplinari si compongono di un contenuto prescrittivo vincolante, in cui sono ricomprese le clausole relative alle cause tassative di esclusione, e di un contenuto prescrittivo discrezionale, riferito ad aspetti della procedura che devono necessariamente essere regolamentati nella documentazione di gara, ma per i quali residua, in capo alle SA, un margine di discrezionalità nella definizione della relativa disciplina (ad esempio, in relazione alle modalità di effettuazione del sopralluogo, ove sia previsto come obbligatorio).

Le parti a contenuto discrezionale devono essere compilate dalle SA secondo le specifiche esigenze, seguendo le istruzioni di compilazione riportate nel modello. In alcuni casi, nel bando-tipo, è già prevista un'ipotesi di formulazione, ma la soluzione proposta, corrispondente ad una delle possibili soluzioni legittimamente adottabili, non è vincolante e pertanto può essere disciplinata diversamente dalle amministrazioni aggiudicatrici senza necessità di motivazione.

Nelle parti a contenuto prescrittivo vincolante, invece, sono riprodotte le informazioni che, secondo la normativa vigente, devono essere riportate nella documentazione di gara, tra cui, *in primis*, le cause di esclusione nonché le ulteriori informazioni utili che, ai sensi dell'art. 64 del Codice, integrano il contenuto del bando di gara; tra le disposizioni di tale tipo rientrano le modalità di costituzione della cauzione provvisoria e le dichiarazioni sui requisiti di ordine generale e speciale da rendere in sede di gara. Tali parti costituiscono il contenuto necessario del bando-tipo e sono derogabili dalle SA, previa specifica motivazione ed entro i limiti del rispetto del principio di tassatività.

Le eventuali deroghe al bando-tipo, ancorché motivate, non possono tuttavia mai consistere nell'introduzione di clausole di esclusione contrastanti con il disposto dell'art. 46, co. 1-*bis,* atteso che le stesse sarebbero affette da nullità.

Si evidenzia che i citati bandi-tipo sui servizi di pulizia e sui lavori pubblici, nel seguito descritti, saranno oggetto di VIR nel corso del 2015, al fine di verificarne le modalità di utilizzo e gli effetti rispetto agli obiettivi attesi di semplificazione dell'attività di predisposizione della documentazione di gara e di riduzione del contenzioso.

Il bando-tipo per i servizi di pulizia e igiene ambientale

Il bando-tipo per l'affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambientale degli immobili nei settori ordinari (bando-tipo n. 1 del 26 febbraio 2014) consiste in un modello di

disciplinare di gara relativo ad un appalto di importo superiore alla soglia comunitaria nei settori ordinari, da affidarsi mediante procedura di gara aperta e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del Codice e dell'art. 286 del Regolamento. Il bando-tipo regolamenta gli aspetti principali connessi all'affidamento del servizio di pulizia e fa riferimento, in particolare, a quanto previsto dal citato art. 286 sia per quanto riguarda l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia per quanto attiene ai criteri di valutazione tecnica (e al peso relativo). Nel bando-tipo sono inoltre affrontate problematiche molto sentite dagli operatori del settore, come l'importanza della programmazione e della definizione puntuale delle prestazioni oggetto del contratto e l'applicazione delle c.d. "clausole sociali", relative al riassorbimento del personale del contraente uscente ad opera del nuovo aggiudicatario.

Il bando-tipo per i lavori di importo superiore a 150.000 euro

Il bando-tipo per l'affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari di importo superiore a 150.000 euro (bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014) consiste in un modello di disciplinare di gara relativo agli appalti di sola esecuzione di importo superiore a 150.000 euro, da affidarsi mediante procedura di gara aperta ai sensi dell'art. 55 del Codice e con il criterio del prezzo più basso.

Il percorso che ha portato all'elaborazione del modello finale è stato piuttosto lungo e complesso a causa di una serie di modifiche normative che hanno inciso sulla disciplina dei lavori pubblici. Ci si riferisce, in particolare alle modifiche intervenute all'art. 82 del Codice in materia di costo del lavoro per gli affidamenti al prezzo più basso, alle quali hanno fatto seguito l'atto di segnalazione al Governo e Parlamento n. 2 del 19 marzo 2014 (con cui l'Autorità ha evidenziato le difficoltà applicative della norma, come peraltro saranno descritte nel paragrafo successivo) e il parere del Consiglio di Stato n. 3014 del 26 giugno 2013 con cui lo stesso ha disposto l'annullamento delle norme di cui agli artt. 107, co. 2, e 109, co. 2, del Regolamento, relativamente all'individuazione delle categorie a qualificazione obbligatoria e delle categorie super specialistiche, per le quali, in mancanza di qualificazione, vige l'obbligo del subappalto o di partecipazione in RTI al fine di poter eseguire quella parte di lavori non subappaltabile. Il parere è divenuto poi esecutivo con l'emanazione del decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2013 (*Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da AGI - Associazione Imprese generali ed altri*

[…]) e la materia è stata regolata dal successivo decreto legge 28 marzo 2014, n. 47 (*Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015*), convertito con modificazioni dalla legge 23 maggio 2014, n. 80.

Nel bando-tipo sono forniti numerosi chiarimenti sia con riferimento alle modifiche normative sopra richiamate, sia in ordine ad altri aspetti importanti della costruzione del bando di gara. Tra questi ultimi si segnalano, ad esempio, l'opportunità di adottare il sistema di aggiudicazione a prezzi unitari, la possibilità di ricorrere all'avvalimento c.d. "plurimo" e le indicazioni in materia oneri per la sicurezza interni dell'azienda (che non comportano esclusione in caso di mancata indicazione da parte del concorrente). In merito a quest'ultima problematica, alla luce della sentenza del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria 30 marzo 2015, n. 3), secondo cui nelle procedure di affidamento di lavori, i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura - anche se non previsto nel bando di gara -, l'Autorità sta predisponendo un comunicato al fine di fornire chiarimenti su come le SA devono comportarsi.

Il bando-tipo generale per servizi e forniture

Nel 2014 l'Autorità ha posto in consultazione il bando-tipo generale per i contratti pubblici di servizi e forniture. Il documento è finalizzato all'adozione di un modello di disciplinare che possa essere utilizzato dalle SA per la predisposizione della documentazione di gara per l'affidamento di servizi e forniture in generale, ad esclusione dei servizi di pulizia per i quali si deve far riferimento al richiamato bando-tipo 1/2014. Lo schema di bando-tipo proposto tiene conto delle modifiche al Codice contenute nell'art. 39 del d.l. 90/2014, in materia regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni da rendere in sede di gara. La consultazione si è conclusa nel mese di novembre 2014. In considerazione delle rilevanti modifiche introdotte dalla normativa in materia di soccorso istruttorio, anche alla luce delle indicazioni già fornite con la determinazione 1/2015, l'Autorità ha deciso di avviare una seconda consultazione. Anche per tale bando-tipo, è stata segnalata l'opportunità di inserire, tra i criteri di valutazione tecnica, un punteggio premiale per le imprese a cui è stato rilasciato il *rating* di legalità, secondo le indicazioni già fornite dall'Autorità nella determinazione 3/2014.

9.4 Gli atti di segnalazione al Governo e al Parlamento

Le nuove direttive europee in materia di appalti

Con l'atto di segnalazione n. 3 del 21 maggio 2014, l'Autorità ha evidenziato l'opportunità di dare giusto rilievo, in fase di recepimento, ad una serie di aspetti cruciali della politica dell'UE.

In particolare, è stata evidenziata la necessità di dare impulso alla semplificazione, incoraggiare l'orientamento alla qualità e all'innovazione, compresa l'eco-innovazione, favorire le PMI, garantire la tutela ambientale, sociale e del lavoro, nell'ottica di assicurare una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva.

L'Autorità, inoltre, ha indicato quale obiettivo strategico in termini di semplificazione e riduzione degli oneri amministrativi in fase di gara, che si riconosca un ruolo centrale alle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici e ha suggerito di intervenire sulla materia degli appalti e delle concessioni attraverso una normazione essenziale, limitata all'individuazione degli obiettivi dell'azione amministrativa.

La segnalazione, infine, ribadisce nel solco degli indirizzi comunitari, il ruolo dell'ANAC quale interlocutore stabile e qualificato per il settore dei contratti pubblici nel pieno rispetto delle prerogative e delle competenze del Governo e degli organi ausiliari. Di qui l'opportunità di prevedere l'attribuzione all'Autorità di più ampi e specifici poteri di regolazione del mercato di riferimento, come anche dalla stessa evidenziato in più occasioni, da ultima l'adizione del Presidente dell'Autorità del 18 febbraio 2015 per la quale si rinvia al capitolo 3.

Le verifiche antimafia

Con la segnalazione n. 1 del 2 settembre 2014 l'Autorità ha evidenziato la necessità di operare un coordinamento tra le disposizioni dell'art. 38 del Codice dei contratti e le disposizioni Codice antimafia.

Si tratta di un atto scaturito dalla necessità di porre rimedio ad alcune problematiche interpretative emerse a seguito dell'entrata in vigore del Codice antimafia, che nel novellare la disciplina delle verifiche antimafia, ha incluso, nell'art. 67, gli attestati di qualificazione tra i provvedimenti che non possono essere rilasciati in presenza di una delle misure di prevenzione previste dal medesimo decreto. Posta la necessità delle verifiche antimafia ai fini del rilascio dell'attestazione SOA, tuttavia, il generico rinvio alla

documentazione antimafia di cui all'art. 84 del Codice antimafia non consente di individuare con chiarezza se le SOA, ai fini del rilascio dei predetti attestati sono tenute ad acquisire l'informazione antimafia o la comunicazione antimafia, entrambe previste nello stesso art. 84. Inoltre, ai fini della verifica, le SOA non sono espressamente indicate nell'elenco contenuto nell'art. 97 del Codice antimafia dei soggetti abilitati all'accesso alla banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, nel seguito denominata anche "banca dati antimafia" e, dunque, non sarebbero abilitate a consultare il sistema informativo appositamente istituito. L'Autorità ha dunque suggerito l'opportunità di una revisione delle disposizioni sopra richiamate, al fine di statuire in maniera chiara ed espressa l'obbligo per le SOA di acquisire, in sede di rilascio dell'attestazione di qualificazione, la sola comunicazione antimafia - ciò in quanto un'attenta disamina delle disposizioni del Codice antimafia in materia di informazione antimafia conduce a ritenere come tassativo l'elenco dei rapporti sottoposti a tale verifica, il quale non include la categoria dei provvedimenti amministrativi cui vanno ricondotte le attestazioni di qualificazione, e dunque a ritenere necessaria, e sufficiente, ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione la sola comunicazione antimafia - e di un intervento di modifica dell'art. 97 del Codice antimafia volto a chiarire se le SOA rientrano tra i soggetti abilitati all'accesso alla banca dati antimafia e, nel caso in cui tale accesso non sia consentito, ad illustrare con quali modalità le predette società possono acquisire la prescritta comunicazione antimafia.

L'esigenza di coordinamento delle disposizioni del nuovo decreto legislativo, oltre a riguardare gli adempimenti dallo stesso previsti, involge anche i rapporti con la previsione normativa di cui all'art. 38, co. 1, lett. b), del Codice, non solo ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione - in quanto espressamente richiamato dall'art. 78 del Regolamento - ma anche ai fini della stipula del contratto d'appalto.

Parallelamente alla richiamata segnalazione e dopo aver svolto una formale consultazione, l'Autorità ha anche predisposto la determinazione n. 2 del 2 settembre 2014 per fornire le prime indicazioni operative alle SOA sulle modalità di verifica dei requisiti antimafia operando un coordinamento tra le disposizioni del Codice dei contratti e del nuovo Codice antimafia (anche ai fini della stipula dei contratti). In tale determinazione, l'Autorità ha chiarito che, ai fini della verifica dei requisiti di carattere generale dei concorrenti in sede di gara, continua a trovare applicazione esclusivamente l'art. 38, co. 1,

lett. b), del Codice, trattandosi di disposizione normativa sulla quale non incidono - in relazione a tale fase della procedura - le norme dettate dal Codice antimafia; ai fini della stipula del contratto, invece, occorre eseguire sull'aggiudicatario le verifiche contemplate dallo stesso art. 38, co. 1, lett. b), così come innovate dal Codice antimafia, con la conseguenza che la mera pendenza del procedimento per l'irrogazione di misure cautelari non osta alla stipula del contratto (né all'affidamento in subappalto), ma le SA sono tenute ad effettuare i riscontri indicati nell'art. 67, co. 3 e 6, del Codice antimafia. Ovvero, ai sensi del combinato disposto dell'art. 38, co. 1, lett. b) del Codice dei contratti con l'art. 67 del Codice antimafia, il divieto contemplato nello stesso art. 38, co. 1, lett. b), opera anche in relazione al rilascio dell'attestato di qualificazione - non più sulla base della mera pendenza del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione - ma sulla base di un provvedimento espresso del giudice con il quale sia disposta, in via provvisoria, l'operatività del divieto stesso durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione.

Il costo del lavoro e il criterio del massimo ribasso

Con la richiamata segnalazione 2/2014, l'Autorità ha rappresentato le criticità insite nella formulazione del co. 3-*bis*, dell'art. 82 del Codice inserito dall'art. 32, co. 7-*bis*, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 (*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*) convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, secondo la quale il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. L'Autorità ha evidenziato l'inapplicabilità della norma secondo l'intenzione con cui è stata formulata giacché entrambe le interpretazioni a cui la norma si presta - indicazione del costo del personale da parte del concorrente in sede di offerta e conseguente valutazione del prezzo offerto al netto di detta voce da parte della SA oppure determinazione del costo del personale, ex ante, nel bando di gara dalla SA, per sottrarlo al confronto competitivo - sono foriere di rilevanti problemi applicativi. L'Autorità ha rilevato come la prima ipotesi ermeneutica

renderebbe la norma praticamente inapplicabile, stante l'impossibilità di valutare le offerte sulla base di componenti non omogenee ed uniformi, se si rimettesse alla libera decisione dei concorrenti lo scorporo del costo del personale, mentre la seconda ipotesi sconta la difficoltà e, in certi casi, l'impossibilità per la SA di conoscere l'effettivo costo del personale. Tra l'altro, l'elevata incidenza del costo del lavoro per taluni appalti di lavori e servizi, determinerebbe la sottrazione al ribasso di una quota rilevante di prezzo, con la conseguenza che il rilancio competitivo avverrebbe su una quota molto ridotta dello stesso e le imprese presenterebbero ribassi maggiori al crescere della loro produttività.
Al fine di superare l'impasse che la norma creava per OE e SA e consentirne l'applicazione, l'Autorità ha fornito una lettura della disposizione secondo la quale il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, è da ritenere che si determini in base alla reale capacità organizzativa d'impresa che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.) e come tale non può essere, in alcun modo, compressa mediante predeterminazioni operate ex ante.

9.5 I prezzi di riferimento

I prezzi di riferimento vengono elaborati dall'ANAC nelle more della determinazione dei costi standardizzati. A partire dal 2012, l'Autorità ha pubblicato, per il settore sanitario, circa 470 prezzi relativamente a dispositivi medici, principi attivi per uso ospedaliero, materiali da guardaroba, prodotti di cancelleria e servizi di pulizia, ristorazione, lavanderia/lavanolo.
Introdotti inizialmente con finalità di razionalizzazione della spesa sanitaria - per effetto dell'art. 17, co. 1, lett. a), del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 (*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*), convertito, con modificazioni, nella legge 15 luglio 2011, n. 111 - sono stati successivamente estesi a tutti i beni e servizi acquistati dalle amministrazioni pubbliche tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della PA, come stabilito dall'art. 9, co. 7, del d.l. 66/2014. Di conseguenza, l'Autorità ha avviato, nel corso del 2014, ulteriori rilevazioni di dati per garantire la determinazione dei prezzi di riferimento anche per i settori extra-sanità.
I prezzi di riferimento costituiscono oggi un importante ambito di attività nel quale è impegnata l'ANAC. Essi rappresentano un utile strumento operativo ai fini del miglioramento dell'efficienza e della riduzione della spesa pubblica. Grazie alla loro natura

di parametri di riferimento per la rinegoziazione dei contratti in essere e per l'aggiudicazione delle nuove gare svolgono, infatti, una vera e propria funzione regolatoria del mercato dei contratti pubblici a fini di razionalizzazione della spesa.

Grazie alle rilevazioni effettuate per la determinazione dei prezzi di riferimento l'Autorità può disporre di un patrimonio informativo di enorme valore attraverso il quale è possibile ricavare una serie di indicatori molto utili per la vigilanza sui contratti pubblici.

In ambito sanitario, l'evoluzione normativa è stata piuttosto rapida, vista l'urgenza di perseguire gli obiettivi di risparmio della spesa sanitaria con maggiore efficacia sulla base di un criterio di 'efficienza' che superasse la logica dei tagli lineari. Infatti, mentre il ricorso ai tagli lineari è suscettibile di determinare meccanismi premianti proprio per le strutture inefficienti, i prezzi di riferimento hanno l'effetto di innescare un processo virtuoso di miglioramento delle *performance* di acquisto allineando le prestazioni delle SA meno efficienti ai risultati di quelle più virtuose.

Subito dopo la prima pubblicazione dei prezzi di riferimento da parte dell'Autorità, avvenuta nel luglio 2012, il legislatore ha deciso di rafforzare la funzione di tale strumento stabilendone il carattere vincolante per le SA e conferendo agli stessi la specifica valenza di "parametri di riferimento per la rinegoziazione dei contratti in essere". Conseguentemente, il ruolo dell'Autorità quale attore principale nell'azione di *spending review* in ambito sanitario e soggetto "regolatore" del mercato è risultato decisamente potenziato.

Tenuto conto dell'esperienza maturata con la rilevazione 2012, delle nuove previsioni normative che attribuivano ai prezzi di riferimento una funzione regolatoria strategica per gli obiettivi di risparmio di spesa e definivano alcuni aspetti operativi nel processo di individuazione dei valori di riferimento, l'Autorità ha pensato di ricalibrare e, per certi versi, innovare alcune fasi del complesso procedimento volto alla determinazione dei prezzi. La rinnovata metodologia di lavoro - utilizzata nell'indagine 2014 - ha previsto il susseguirsi di diverse fasi al fine di pervenire, in modo rigoroso, alla determinazione dei prezzi.

Ai fini della rilevazione 2014, le categorie di beni e servizi individuati da Agenas per la determinazione dei prezzi di riferimento sono state quelle dei principi attivi, dei dispositivi medici, dei servizi di ristorazione, pulizia e lavanderia/lavanolo.

Per conferire maggiore solidità e rigore alle scelte compiute nell'impostazione della nuova rilevazione, l'Autorità ha deciso di avviare una consultazione pubblica on-line con gli *stakeholder* del settore al fine di condividere le problematiche riguardanti la rilevazione (le SA da coinvolgere, i questionari da somministrare, ecc.).

La rilevazione è stata avviata nel marzo 2014 ed ha coinvolto 283 soggetti operanti in ambito sanitario, comprese le centrali di committenza. Le SA da contattare sono state individuate mediante l'analisi dei dati presenti nella BDNCP, come previsto normativamente. Questa seconda indagine è stata condotta su una base molto più ampia rispetto a quella precedentemente svolta nel corso del 2012 dal momento che ha incluso tutti i soggetti operanti in ambito sanitario risultanti da BDNCP[46].

Una volta chiusi i termini per l'invio dei dati, l'Autorità ha avviato le attività di analisi e di elaborazione delle informazioni raccolte. Nel mese di settembre 2014 sono stati pubblicati sul sito istituzionale i prezzi di riferimento relativamente a 115 tipologie farmacologiche omogenee corrispondenti a 69 principi attivi mentre per le altre categorie di beni e servizi - dispositivi medici e servizi di ristorazione, pulizia e lavanderia/lavanolo - il procedimento di determinazione dei prezzi si è mostrato più impegnativo.

In particolare, nel caso dei servizi, la metodologia di analisi dei dati è stata profondamente rinnovata. A differenza dei beni, infatti, gli appalti di servizi presentano un grado di complessità molto più accentuato. Di conseguenza, mentre per i principi attivi e i dispositivi medici Agenas aveva potuto effettuare una standardizzazione "a monte" e quindi fornire un elenco di prodotti omogenei, la stessa cosa non è stata possibile per i servizi. La fase di analisi dei dati è stata, dunque, finalizzata all'individuazione di un modello econometrico che mettesse in relazione i corrispettivi pagati con le caratteristiche del servizio, in modo da poter effettuare una standardizzazione ex post e garantire la determinazione dei prezzi di riferimento su dati omogeni e, quindi, confrontabili. Questa analisi è stata resa possibile grazie al più elevato contenuto informativo dei questionari somministrati alle SA rispetto a quelli sui quali si era basata la rilevazione dati nel 2012.

Come ricordato all'inizio del paragrafo, la disciplina dei prezzi di riferimento è stata estesa a tutti i beni e servizi acquistati dalle amministrazioni pubbliche tra quelli di maggiore

[46] In fase di prima applicazione, coerentemente a quanto previsto dal legislatore, la richiesta dati era stata, infatti, rivolta «alle stazioni appaltanti che hanno effettuato i maggiori volumi di acquisto, come risultanti dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici» (art. 17, co. 1, lett. a-*bis*) del d.l. 98/2011 convertito, con modificazioni, dalla l. 111/2011.

impatto in termini di costo a carico della PA. La *ratio* della nuova norma è, evidentemente, quella rafforzare ed estendere a tutti gli appalti di beni e servizi che maggiormente incidono sul totale della spesa pubblica la funzione regolatoria svolta dall'Autorità attraverso i prezzi di riferimento, nonché favorire la più ampia trasparenza delle condizioni di acquisto praticate da soggetti diversi operanti all'interno della PA.

La delibera CP n. 22 del 26 novembre 2014 ha dato piena attuazione alle disposizioni sui prezzi di riferimento previste dal d.l. 66/2014 stabilendo l'avvio della rilevazione dei dati e fornendo alle SA tutte le informazioni necessarie per adempiere correttamente agli obblighi di trasmissione delle informazioni. Le categorie di beni e servizi oggetto di rilevazione sono state gli "autoveicoli in acquisto", gli "autoveicoli in noleggio" (senza conducente), la "fornitura di carta in risme", le "fotocopiatrici in noleggio", le "stampanti in acquisto" e le "stampanti multifunzione".

La rilevazione si è conclusa nel mese di marzo 2015 per quanto riguarda i contratti stipulati sulla base di avvisi e bandi di gara pubblicati tra il 1 gennaio 2013 e la pubblicazione della delibera. Per tutti i contratti non ancora stipulati al momento della pubblicazione della delibera la rilevazione è entrata in una fase di regime e rimarrà aperta in maniera continuativa in modo da consentire un costante aggiornamento dei dati da utilizzare per la determinazione dei prezzi di riferimento e per le altre funzioni istituzionali dell'Autorità.

Analisi sui prezzi di alcuni farmaci

Per rendere più esplicita la potenzialità di utilizzo dei prezzi di riferimento, ai fini della trasparenza e del contrasto alla corruzione, si può prendere in esame la rilevazione effettuata nel 2014 per la determinazione dei prezzi (di riferimento) dei farmaci ad uso ospedaliero. Per la pubblicazione dei prezzi dei 115 farmaci (riferibili a 69 differenti principi attivi) sono stati rilevati oltre 3.000 prezzi unitari relativi agli acquisti effettuati nel periodo d'interesse dalle SA coinvolte nell'indagine. Questo prezioso patrimonio informativo può costituire la base di partenza per analisi le cui finalità, come detto, vanno al di là degli obiettivi di *spending review* previsti dalla norma. È di immediata evidenza come una semplice analisi della variabilità dei prezzi di acquisto dello "stesso identico prodotto" possa consentire di individuare eventuali criticità/patologie difficilmente riscontrabili

senza questo livello di dettaglio. A titolo esemplificativo si riporta un estratto - riferito a sette dei 115 farmaci inclusi nella rilevazione - contenente alcuni indici statistici descrittivi.

Tabella 9.1 Dettaglio relativo alla rilevazione di un *set* di farmaci

Principio attivo (ATC)	Dosaggio	Forma farmaceutica	Min (euro)	Mediana (euro)	Max (euro)	Prezzo riferimento (euro)
Paclitaxel (L01CD02)	6 MG/ML 30 MG	Fiale	1,72	4,00	8,50	2,180
Paclitaxel (L01CD01)	6 MG/ML 100 MG	Fiale	5,77	10,50	20,00	7,090
Paclitaxel (L01CD00)	6 MG/ML 150 MG	Fiale	8,74	15,40	30,81	10,760
Paclitaxel (L01CD01)	6 MG/ML 300 MG	Fiale	17,60	27,00	59,85	21,240
Antitrombin a III umana (B01AB02)	1000 UI	Flacone	109,00	230,00	305,00	145,000
Lenogratim (L03AA10)	263 MCG	Fiala/siringa	50,00	63,00	79,38	60,000
Sevoflurane (N01AB08)	250 ML GAS	Flacone	63,18	89,50	114,18	77,003

Fonte: ANAC

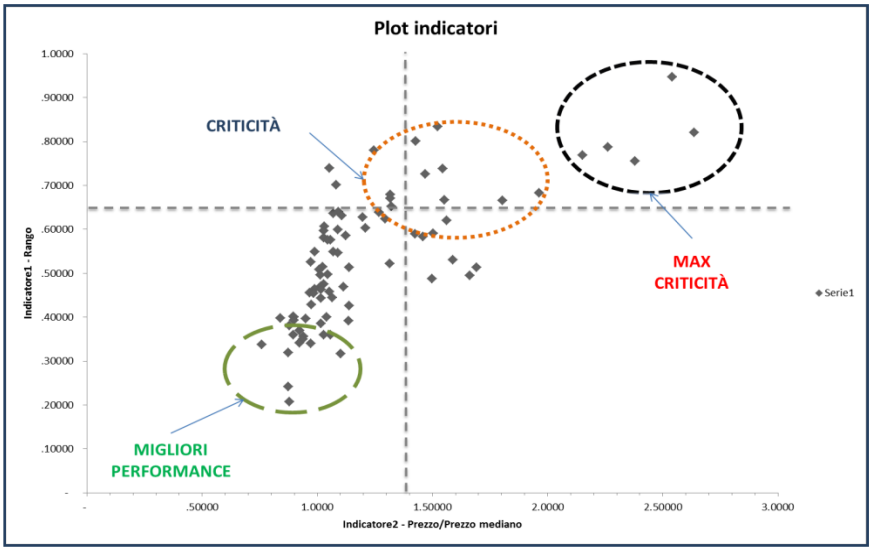
Osservando i dati riportati nella tabella 9.1, appare di immediata evidenza la notevole disomogeneità dei prezzi di acquisto rilevati. Si tenga, altresì, presente che in questo specifico caso, come già indicato, si stanno confrontando acquisti di prodotti identici e pertanto le spiegazioni di tali difformità non possono che essere imputabili a fattori di inefficienza/patologia. Inoltre, non è superfluo sottolineare come la possibilità di disporre di informazioni distinte per la componente prezzo e la componente quantità offra opportunità di analisi ed approfondimenti impossibili da condurre attraverso l'impiego di puri dati di "spesa" (tipici delle analisi che si fondano su dati di bilancio) nei quali non risulta identificabile lo "spreco" in termini di prezzo da quello in termini di quantità. Anche in ottica di revisione della spesa, tale distinzione consente, tra l'altro, di valutare empiricamente - attraverso un'analisi di correlazione tra prezzo e quantità - per quali prodotti un processo di aggregazione della domanda produrrebbe risultati migliori.

Ulteriori riflessioni possono essere fatte sul tema della comparazione delle *performance* delle SA. Infatti in relazione a questo argomento, la disponibilità di questo patrimonio informativo rende possibile individuare, attraverso la costruzione di uno più sistemi di *ranking*, quelle SA "meritevoli" di un qualche approfondimento istruttorio. Il termine

performance può essere sinteticamente interpretato come la capacità della SA di acquistare un prodotto ad un prezzo relativamente vantaggioso: più basso è il prezzo ottenuto, migliore sarà la *performance* della SA e viceversa. A titolo esemplificativo, si riportano alcuni risultati di un'analisi che, nello specifico caso dei farmaci, ha previsto l'impiego di due indicatori. Il primo che utilizza la posizione (rango) della SA, relativamente a ciascun farmaco, nell'ordinamento crescente dei prezzi di acquisto trasmessi da tutte le stazioni appaltanti che hanno acquistato quel farmaco; il secondo, similare al primo e molto correlato con esso, che tiene conto anche della "distanza" tra il prezzo di acquisto comunicato ed il prezzo mediano, prezzo *benchmark* del caso specifico.

Senza addentrarci nei dettagli tecnici[47], è sufficiente sapere che valori "bassi" di tali indicatori sono associabili a buone *performance*, mentre valori "alti" sono sintomo di potenziali criticità. Nella figura 9.1 si riporta un grafico esemplificativo che mette in evidenza come i risultati dell'analisi possano rappresentare un utile strumento per selezionare le amministrazioni su cui concentrare l'attività di vigilanza (le amministrazioni con valore degli indici più elevato).

Figura 9.1 Valutazione dei risultati ed "indicatori di qualità"



Fonte: ANAC

[47] Per ciascun farmaco acquistato da una SA si calcolano i due indici: $I^R_{i,j} = \frac{Rango_{i,j}}{Max(Rango_j)}$; $I^P_{i,j} = \frac{Pr_{i,j}}{Median(Pr_j)}$ con i=1,…,n_{sa} (identificativo SA) e j=1,…,m (identificativo farmaco). Di conseguenza, visto che ogni SA ha acquistato più farmaci, per ciascuna di esse si hanno a disposizione due distribuzioni composte rispettivamente da n_i indici basati sul rango ($I^R_{i,j}$) ed altrettanti indici basati sul prezzo ($I^P_{i,j}$). Per ogni distribuzione, si è provveduto quindi al calcolo di due misure sintetiche di tendenza centrale: media aritmetica semplice e mediana ottenendo pertanto, per ciascuna SA, quattro indicatori I^R_μ ,I^R_γ e I^P_μ ,I^P_γ. Infine si è provveduto ad aggregarli attraverso il calcolo di una media aritmetica semplice ottenendo in definitiva una coppia di indicatori per ciascuna SA: $I^R_i = \frac{I^R_\mu + I^R_\gamma}{2}$ e $I^P_i = \frac{I^P_\mu + I^P_\gamma}{2}$.

PARTE III

La prevenzione della corruzione e la trasparenza

Capitolo 10

Gli ambiti di intervento dell'ANAC

10.1 Il contesto di riferimento

Come ampiamente rappresentato, il d.l. 90/2014 ha operato una decisa revisione della distribuzione delle competenze in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, riconoscendo in capo all'ANAC le funzioni fino a quel momento esercitate dal DPF della Presidenza del Consiglio dei Ministri di cui all'art. 1, co. 4, 5 e 8, della l. 190/2012 e di quelle cui all'art. 48 del d.lgs. 33/2013. Il citato decreto legge, segna così un momento di svolta per quanto concerne i rapporti tra il Dipartimento e l'ANAC, favorendo il passaggio da una stretta integrazione tra le due Amministrazioni ad una vera e propria separazione organizzativa e funzionale, che si propone peraltro di superare la configurazione c.d. "bicefala" dell'assetto organizzativo, ovvero i preesistenti limiti dell'impianto normativo. Le criticità rinvenute nell'assetto bicefalo hanno indotto per l'appunto il legislatore ad intervenire per concentrare in seno ad un unico soggetto, quale l'ANAC, i compiti in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza.

Il disposto dell'art. 19, co. 15, del d.l. 90/2014 permette così il superamento di due aspetti critici del precedente assetto quali la distinzione tra l'organo preposto all'elaborazione delle politiche anticorruzione a livello internazionale e quello incaricato del coordinamento dell'attuazione a livello nazionale, nonché la correzione della discrasia creatasi tra la funzione di elaborazione della strategia nazionale di prevenzione e coordinamento della sua attuazione e quella di controllo e vigilanza sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle amministrazioni. Se da un lato, quindi, il decreto pone le premesse per una svolta radicale nell'organizzazione amministrativa italiana della prevenzione della corruzione, riconoscendo all'ANAC la pienezza di compiti in materia di prevenzione più volte auspicata in passato, dall'altro impone comunque una riflessione in ordine alla necessità di una proficua collaborazione tra ANAC e Dipartimento. Come sarà rappresentato nel successivo paragrafo 10.4, le motivazioni di tale esigenza sono molteplici e si rintracciano principalmente nelle attività

di definizione delle modalità di trasferimento dei progetti sperimentali e del Portale della trasparenza (art. 19, co. 9) e di articolazione degli OIV che, pur essendo nominati dal Dipartimento, supportano l'Autorità nel controllo sull'adempimento degli obblighi di trasparenza.

Con specifico riferimento alle aree funzionali trasferite dal DPF all'ANAC si evidenziano le funzioni attinenti alle misure organizzative di contrasto della corruzione e alla garanzia dell'imparzialità dei funzionari pubblici. Tutta la materia dei PTPC, ivi compreso il PNA, è stata attribuita all'ANAC, alla luce dell'esplicito trasferimento delle funzioni di cui al co. 4, che prevedeva la predisposizione del PNA in capo al DPF. All'ANAC è stato altresì riconosciuto, accanto al potere di vigilanza, anche il distinto potere di applicare sanzioni amministrative in caso di mancata adozione/pubblicazione dei PTPC, dei PTPI o dei Codici di comportamento.

Con le modifiche introdotte dal d.l. 90/2014, l'ANAC è diventata destinataria delle notizie e delle segnalazioni di illeciti, anche nelle forme di cui all'art. 54-*bis* del d.lgs. 165/2001, nonché delle segnalazioni da parte di ciascun avvocato dello Stato che, nell'esercizio delle funzioni di cui all'art. 13 del t.u. di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 (*Approvazione del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato*), venga a conoscenza di violazioni di disposizioni di legge o di regolamento o di altre anomalie o irregolarità relative ai contratti che rientrano nella disciplina del Codice.

Resta ferma la previsione che fa del DPF il destinatario di segnalazioni di azioni discriminatorie intraprese dall'amministrazione nei confronti del *whistleblower*.

Il decreto legge 90 nulla ha innovato, invece, in ordine alle funzioni di interpretazione della legislazione sulla conferibilità di incarichi amministrativi (ed equiparati) e sulla compatibilità tra tali incarichi e altri, tutti disciplinati dal d.lgs. 39/2013, nonché di vigilanza sulla corretta applicazione della nuova disciplina che continuano ad esistere in capo all'Autorità.

Il d.l. 90/2014 attribuisce, invece, all'ANAC, fra gli altri, il compito di favorire la "cultura della trasparenza", conferendole funzioni specifiche nella prospettiva di valorizzare la trasparenza stessa come strumento per la prevenzione della corruzione, in linea con le indicazioni delle principali organizzazioni internazionali.

Con riferimento alle sanzioni di cui all'art 47 del d.lgs. 33/2013, è attribuito al Presidente dell'ANAC il potere di segnalare «all'Autorità amministrativa di cui all'art. 47, co. 3, del d.lgs. 33/2013 le violazioni in materia di comunicazione delle informazioni e dei dati e di obblighi di pubblicazione previsti nel citato art. 47, ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio di cui al medesimo articolo» (art. 19, co. 7, d.l. 90/2014). Ciò che in tal senso è opportuno sottolineare è che il potere sanzionatorio da ultimo attribuito, è esercitato dall'Autorità come *ultima ratio* a disposizione, privilegiando piuttosto un approccio collaborativo che favorisca la diffusione di comportamenti virtuosi da parte delle PA.

Oltre al rinnovato quadro istituzionale in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, il d.l. 90/2014 ha introdotto modifiche significative nell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina della trasparenza contenuta nel d.lgs. 33/2013. L'art. 24-*bis* del decreto legge, sostituisce integralmente l'art. 11 del d.lgs. 33/2013, ampliando in modo considerevole il novero dei soggetti tenuti all'osservanza del regime di trasparenza, così come delineato dal decreto. Ad esempio, le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, scomparso l'esplicito riferimento all'obbligo di attuare quanto previsto dalla normativa vigente in materia di trasparenza, secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti, sono state espressamente ricomprese tra le amministrazioni pubbliche tenute all'applicazione integrale degli obblighi del decreto, in via diretta e immediata.

Il quadro normativo in materia di trasparenza, di per sé complesso e in evoluzione, l'ampliamento dei soggetti tenuti a darne attuazione, la necessità di adattare la medesima normativa ad amministrazioni ed enti di diritto privato partecipati o controllati dalle PA, estremamente diversificati fra loro, ha determinato nei soggetti tenuti all'applicazione numerose incertezze e difficoltà che hanno impegnato in maniera significativa l'Autorità, nel corso del 2014, in una costante attività consultiva, di regolazione e di vigilanza.

Rilevante in questo campo è il documento comune approvato con il MEF nel dicembre 2014, di cui ci parlerà nei capitoli successivi. Tale documento ha manifestato la volontà comune di ANAC e MEF di sottoporre gli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle PA alla disciplina della l. 190/2012 per quanto riguarda l'adozione di misure organizzative di prevenzione della corruzione e del d.lgs. 33/2013 per quanto riguarda gli obblighi di trasparenza.

Per rispondere in maniera concreta ed efficace al mutato assetto organizzativo introdotto dal d.l. 90/2014, l'Autorità ha previsto, in sede di riorganizzazione, diversi uffici preposti allo svolgimento delle attività ricomprese nella sua missione. In particolare, in aggiunta all'Ufficio precontenzioso e affari giuridici che cura l'elaborazione di pareri in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, l'Autorità ha istituito ben tre uffici collocati nelle aree Vigilanza e Regolazione, dedicati principalmente alla vigilanza e al controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure di prevenzione della corruzione, sull'incompatibilità e inconferibilità degli incarichi pubblici, all'irrogazione di sanzioni nel caso di omessa adozione di PTPC, PTTI e Codici di comportamento ed alla gestione delle procedure di accreditamento dei RPC; alle attività di vigilanza sull'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione, sull'operato dei responsabili della trasparenza (RT), nonché alla predisposizione di atti e provvedimenti richiesti dalla normativa vigente ai fini della rimozione di comportamenti o atti contrastanti con piani e regole sulla trasparenza; all'aggiornamento del PNA, alla definizione di norme, metodologie e linee guida per la prevenzione della corruzione, coerenti con gli indirizzi, i programmi e i progetti internazionali.

Al fine di fornire un quadro completo e puntuale sulle attività di prevenzione della corruzione, nel successivo capitolo 11, saranno descritte le funzioni esercitate rispettivamente sulle misure anticorruzione e sull'imparzialità dei funzionari, le attività avviate in materia di strumenti di prevenzione della corruzione adottati con particolare riferimento alla tutela del *whistleblower*, nonché di regolazione e di formazione. Proprio in relazione a quest'ultima è da sottolineare il ruolo strategico che la stessa riveste ai fini della promozione della cultura della legalità, che non può in alcun modo prescindere dall'adozione di un programma formativo in tal senso strutturato.

Nel capitolo 12, invece, con riferimento alla trasparenza saranno rappresentate le attività avviate in materia di vigilanza in attuazione delle delibere n. 71 del 1 agosto 2013 e n. 77 del 12 dicembre 2013 e sui contratti pubblici, consultiva e di regolazione. La parte III si chiude con il capitolo 13 che, a partire dai limiti normativi individuati in precedenza, traccia delle ipotesi di correzione al fine di promuovere in modo concreto ed efficace la cultura della trasparenza e la prevenzione della corruzione.

10.2 Le nuove funzioni in materia di prevenzione della corruzione

Dopo l'entrata in vigore della l. 114/2014, di conversione del decreto legge 90 dello stesso anno, sono da ricomprendersi nella materia "prevenzione della corruzione" le funzioni previste dalla l. 190/2012 e dai relativi decreti attuativi.

In particolare, si può procedere a un sintetico elenco di tali funzioni, che comprendono:

a. la predisposizione e l'approvazione del PNA e relativi adempimenti attuativi (art. 1, co. 2, l. 190/2012). La funzione, già in parte svolta dall'ANAC, è ora totalmente attribuita all'Autorità che provvede dunque alla predisposizione e all'adozione del PNA, che comprende anche indirizzi e orientamenti in materia di trasparenza, e ha il potere di proposta circa le norme che definiscono criteri, modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e di dati oggetto di pubblicazione, da adottare con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri;

b. l'indirizzo e la vigilanza sull'adozione dei PTPC da parte delle PA (art. 1, co. 4, 5 e 8, 60 e 61, della l. 190/2012) e da parte degli enti di diritto privato in controllo pubblico da esse controllati (art. 1, co. 59 e 60). Le funzioni, già svolte parzialmente dall'ANAC, sono ora totalmente attribuite all'Autorità; tra le funzioni di vigilanza vanno compresi, accanto al potere di ordine, anche il distinto potere di applicare sanzioni amministrative non inferiori nel minimo a 1.000 euro e non superiori nel massimo a 10.000 euro, in caso di mancata adozione/pubblicazione dei PTPC, dei PTTI o dei Codici di comportamento;

c. il monitoraggio sull'introduzione delle misure di prevenzione della corruzione da parte delle PA, degli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché, limitatamente alle attività di pubblico interesse, degli enti privati solo partecipati;

d. la definizione con regioni ed enti locali delle intese di cui all'art. 1, co. 60 e 61, della l. 190/2012. Considerato il trasferimento della materia all'ANAC, l'Autorità partecipa alla definizione delle intese in sede di Conferenza Unificata;

e. la vigilanza sulla nomina dei RPC da parte delle amministrazioni, nonché l'esercizio del potere di cui all'art. 1, co. 82, della legge 190;

f. le funzioni di interpretazione della legislazione sulla conferibilità di incarichi amministrativi (ed equiparati) e sulla compatibilità tra tali incarichi e altri, tutti

disciplinati dal d.lgs. 39/2013, nonché le funzioni di vigilanza sulla corretta applicazione della nuova disciplina. L'ANAC formulava, dopo la modifica dell'art. 16 del d.lgs. 39/2013, disposta dal d.l. 69/2013, pareri obbligatori su direttive e circolari emanate dal Ministro per la Semplificazione e la pubblica amministrazione e si esprimeva su questioni singole, anche alla luce di una nota dello stesso DFP. In considerazione del trasferimento di funzioni in tema di prevenzione della corruzione previsto dal d.l. 90/2014, tutte le funzioni di interpretazione in materia sono oggi da ritenersi attribuite all'ANAC;

g. l'indirizzo e la vigilanza sull'adozione dei Codici di comportamento da parte delle singole amministrazioni. Funzioni in gran parte già svolte dall'ANAC, oggi totalmente trasferite all'Autorità, mentre la predisposizione del Codice nazionale di comportamento dei dipendenti pubblici, in vista della sua approvazione con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro per la Semplificazione e la pubblica amministrazione è funzione da ritenersi mantenuta in capo al DFP. Considerata la stretta connessione tra *Codice nazionale* e codici delle singole amministrazioni, entrambe le funzioni devono essere svolte in collaborazione tra DFP e ANAC. In particolare, l'ANAC dovrebbe essere sentita, al fine di avanzare proprie osservazioni e proposte, nel procedimento di eventuale modifica del *Codice nazionale*;

h. le funzioni consultive (parere obbligatorio) sugli atti di direttiva e di indirizzo, nonché sulle circolari del Ministro per la Semplificazione e la pubblica amministrazione in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai Codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico;

i. le funzioni consultive (pareri facoltativi) in materia di autorizzazioni - di cui all'art. 53 del d.lgs. 165/2001 e successive modificazioni - allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all'applicazione del co. 16-*ter*, introdotto dall'art. 1, co. 42, lett. l), della legge 190;

j. le funzioni relative alla tutela del dipendente che segnala illeciti (art. 54-*bis* del d.lgs. 165/2001). L'ANAC, destinatario potenziale delle segnalazioni ai sensi dell'art. 31 del d.l. 90/2014, svolge funzioni di indirizzo e vigilanza

sull'adozione di effettive misure di tutela da parte delle amministrazioni. Resta in capo al DFP il ricevimento delle segnalazioni di azioni disciplinari discriminatorie verso il dipendente che abbia segnalato illeciti. Funzioni a collaborazione necessaria che richiedono la reciproca comunicazione dei dati;

k. il coordinamento dell'attuazione delle strategie di prevenzione della corruzione;

l. l'attuazione di forme di raccordo tra soggetti istituzionali per la prevenzione della corruzione;

m. la promozione di azioni di sensibilizzazione;

n. la collaborazione con soggetti istituzionali e organismi internazionali;

o. le funzioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 ottobre 2004, n. 258 (*Regolamento concernente le funzioni dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione*), poi trasferite al DPF dal decreto del Presidente del consiglio dei Ministri 2 ottobre 2008 (*Interventi necessari per la realizzazione dell'EXPO Milano 2015*), sono oggi di esclusiva competenza dell'ANAC in considerazione del trasferimento di funzioni in tema di prevenzione della corruzione previsto dal d.l. 90/2014.

10.3 Le funzioni in materia di trasparenza

Con l'entrata in vigore della l. 114/2014, sono da ricomprendersi nella materia "trasparenza" le funzioni previste dalla l. 190/2012 e dai relativi decreti attuativi.

Anche in tal caso si può procedere a un sintetico elenco di tali funzioni, che comprendono:

a. l'indirizzo e la vigilanza sull'adozione dei PTTI da parte delle PA e da parte degli enti di diritto privato in controllo pubblico da esse controllati (art. 1, co. 59 e 60, della l. 190/2012; art. 13, co. 5, 6 e 8, del d.lgs. 150/2009). Funzioni già svolte parzialmente dall'ANAC, ora totalmente assegnate all'Autorità (art. 19, co. 5 e 15, d.l. 90/2014). La vigilanza comprende, oltre ai poteri di ordine anche il distinto potere di applicare sanzioni amministrative non inferiori nel minimo a 1.000 euro e non superiori nel massimo a 10.000 euro, in caso di mancata adozione/pubblicazione dei PTTI o dei Codici di comportamento;

b. l'indirizzo e la vigilanza sul rispetto degli obblighi di trasparenza di cui al d.lgs. 33/2013 da parte delle PA e da parte degli enti di diritto privato in controllo

pubblico da esse controllati e attivazione delle relative sanzioni, ivi compresa l'istituzione di banche dati per il monitoraggio degli adempimenti degli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 45, co. 3, del d.lgs. 33/2013;

c. il potere di segnalazione all'autorità amministrativa competente delle violazioni degli obblighi di pubblicazione con particolare riguardo per quelle previste dall'art. 47 del d.lgs. 33/2013;

d. la definizione di criteri, modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria e per la predisposizione della sezione "Amministrazione trasparente" di ciascuna amministrazione di cui all'art. 45, co. 1 e 2, del d.lgs. 33/2013. In considerazione del trasferimento esclusivo all'ANAC di tali funzioni, l'Autorità propone standard, modelli e schemi da adottarsi con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali, la Conferenza Unificata, l'Agenzia Italia digitale e l'ISTAT ai sensi dell'art. 48, co. 3 e 4, del d.lgs. 33/2013. I provvedimenti assunti sotto forma di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sono preordinati "anche per specifici settori e tipologie di dati", a definire i requisiti di qualità delle informazioni diffuse individuando, da un lato i necessari adeguamenti da parte delle singole amministrazioni che provvederanno con propri regolamenti e, dall'altro i meccanismi di garanzia e correzione attivabili su richiesta di chi vi abbia interesse.

Le citate funzioni, oltre a rispondere al più generale "diritto di conoscere" che l'ordinamento italiano ha previsto in favore dei cittadini, contribuiscono in modo significativo alla prevenzione dei fenomeni corruttivi, anche attraverso la diffusione della cultura della trasparenza.

10.4 La necessaria collaborazione con il Dipartimento della funzione pubblica

Anche dopo l'approvazione del d.l. 90/2014, dunque, persiste l'esigenza del raccordo tra ANAC e DPF. In primo luogo al fine di definire le modalità di trasferimento delle funzioni relative ai progetti sperimentali e al Portale della trasparenza (art. 19, co. 9). Quest'ultimo progetto, in particolare, potrebbe costituire il terreno per una proficua collaborazione tra l'ANAC e il Dipartimento che faccia del Portale uno strumento di

accountability in cui rendere disponibili per la consultazione dei cittadini anche dati e documenti sulle misure di prevenzione adottate dalle amministrazioni.

ANAC e DPF sono poi chiamati a collaborare per il raccordo operativo tra la trasparenza e la prevenzione della corruzione e le attività di misurazione e valutazione della *performance*. La separazione tra i due ambiti funzionali non può comportare l'assenza di collegamento. Come previsto dall'art. 10 del d.lgs. 33/2013 e dal PNA, infatti, gli obiettivi indicati nel PTTI e nel PTPC vanno formulati in stretto collegamento con la programmazione strategica delle amministrazioni.

Altro ambito che richiede una stretta collaborazione tra ANAC e DPF è quello relativo all'articolazione della rete degli OIV. Con il d.l. 90/2014 questi ultimi sono stati attratti nell'orbita del Dipartimento, che formula un parere sulla loro nomina, restando comunque investiti di una rilevante funzione di controllo sull'adempimento degli obblighi di trasparenza di cui l'Autorità continua ad avvalersi ai sensi dell'art. 45 del d.lgs. 33/2013, in attesa che il Governo riordini con regolamento le funzioni di valutazione della *performance*.

Capitolo 11

La prevenzione della corruzione

11.1 Le misure organizzative di prevenzione della corruzione

11.1.1 Il Piano nazionale anticorruzione del 2013 e il suo aggiornamento

Nell'impianto della l. 190/2012 lo strumento di più efficace contrasto della corruzione viene identificato nel PTPC che ciascuna amministrazione deve adottare al fine di individuare le aree, attinenti ai procedimenti amministrativi di propria competenza, soggette al maggiore rischio di corruzione. In rapporto al grado di esposizione al rischio corruttivo spetta alle amministrazioni individuare le misure organizzative più idonee a prevenire il rischio, da introdurre progressivamente, nel corso della durata di validità del Piano triennale. A tal fine i PTPC sono aggiornabili annualmente, per consentire alle amministrazione di modificare sia le misure di prevenzione che si rivelino inattuabili o inefficaci, sia i loro tempi di attuazione.

Il modello è analogo a quello che possono adottare le imprese private per prevenire il proprio rischio corruttivo, ai sensi del d.lgs. 231/2001. La legge 190 si ispira a quel modello, ma introduce diverse varianti allorché impone alle amministrazioni di dotarsi di un proprio PTPC. Le varianti consistono nella necessaria nomina di un RPC, nell'affidamento allo stesso del compito della predisposizione del PTPC da proporre all'approvazione degli organi di indirizzo politico-amministrativo, nell'attivazione di una speciale responsabilità del RPC nei casi in cui nella sua amministrazione vengano compiuti reati contro la PA e vengano commesse violazioni delle misure previste nello stesso PTPC.

La legge 190, nel puntare sulla qualità e sull'efficacia dei PTPC, ha concepito in modo nuovo il PNA. Questo non è più un documento di sintesi della rilevazione dei dati sulla corruzione raccolti dalle diverse amministrazioni pubbliche, ma un documento di forte indirizzo, rivolto ai soggetti tenuti all'adozione delle misure di prevenzione nella forma dell'approvazione di un proprio PTPC.

Il PNA, quindi, prefigura i contenuti essenziali, minimi, dei PTPC. Il PNA è uno strumento di durata triennale, ma aggiornabile annualmente.

Il primo PNA è stato approvato dalla precedente CIVIT/ANAC nel settembre del 2013, su proposta del DPF. Esso ha, pertanto, influito sulla prima adozione dei PTPC, che per legge dovevano essere approvati entro il 31 gennaio del 2014.

Ai fini dell'aggiornamento del PNA si rivela indispensabile la conoscenza del livello e della qualità di attuazione della legge, cioè del grado di adempimento con il quale le amministrazioni hanno approvato i propri PTPC e della qualità di tali piani (quanto alla conoscenza dei propri processi, della loro esposizione ai rischi corruttivi, dell'effettiva adozione di misure organizzative e della loro efficacia in termini di prevenzione della corruzione).

All'atto dell'insediamento del nuovo Consiglio dell'Autorità (14 luglio 2014) il quadro conoscitivo sulla situazione dell'attuazione dei PTPC era largamente insufficiente. L'Autorità ha pertanto deliberato di procedere ad una prima, più semplificata, lettura dei PTPC approvati, con il contributo del Formez e dell'Università di Tor Vergata (oggetto di distinti protocolli di intesa) e con la costituzione di un gruppo di lavoro interno composto da funzionari ANAC. Il lavoro ha comportato la predisposizione di una scheda di valutazione dei contenuti del PTPC e la sua applicazione a un universo largamente rappresentativo delle amministrazioni pubbliche (ministeri, enti pubblici nazionali, regioni, province, comuni al di sopra dei 15.000 abitanti e un campione rappresentativo (517 su circa 7.500) di comuni al di sotto di tale soglia, per un totale di circa 1.900 amministrazioni. Il lavoro sarà completato alla fine del mese di giugno 2015. Nel paragrafo 11.1.3 si dà una prima sintesi delle più rilevanti tendenze che si possono ricavare dal primo esercizio di lettura dei Piani triennali.

Nell'attesa di acquisire una più completa conoscenza della situazione dei PTPC l'Autorità ha deliberato di non procedere all'adozione dell'aggiornamento 2014 del PNA (che avrebbe influito sugli eventuali aggiornamenti dei PTPC da approvare entro il 31 gennaio 2015), per predisporre, invece, entro il settembre 2015, un aggiornamento 2015, destinato a dare indicazioni più puntuali alle amministrazioni per il loro aggiornamento dei PTPC da approvare entro il gennaio 2016.

Nel frattempo, in ragione della particolare portata innovativa e della rilevante complessità della disciplina anticorruzione, l'Autorità ha dato risposta a quesiti specifici e ha affrontato

tematiche di carattere generale, attraverso la predisposizione di appositi orientamenti. Nell'anno 2014, 481 sono stati i quesiti pervenuti all'Autorità sull'applicazione e sull'interpretazione della l. 190/2012 (178), del d.lgs. 39/2013 (288) e del d.p.r. 62/2013 (15). Da maggio a dicembre 2014, l'Autorità ha adottato 111 orientamenti, così suddivisi: 75 orientamenti sul decreto 39, sei in tema di *whistleblower*, 15 in ordine alla legge 190, otto sul conflitto di interessi, e, infine, sette in tema di RPC.

11.1.2 I problemi relativi all'ambito soggettivo di applicazione

L'Autorità nel corso dell'anno si è occupata in più occasioni di definire il perimetro dei soggetti tenuti all'adozione delle misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza. Il più rilevante risultato di tale azione è sicuramente il documento comune ANAC-MEF del dicembre 2014 relativo all'applicabilità delle misure di prevenzione della corruzione (Piani triennali ed altri strumenti) negli enti di diritto privato in controllo pubblico. Il documento iniziale ha subìto diversi aggiornamenti nel corso della prima metà del 2015, dando luogo a due distinte decisioni: una direttiva del MEF indirizzata alla proprie controllate e le *Linee guida* dell'ANAC sottoposte a pubblica consultazione nel periodo marzo-aprile 2015, destinate a una vasta galassia di soggetti (società di capitali, fondazioni associazioni) controllati o solo partecipati da PA.

Di seguito si dà conto dei principali contenuti del documento congiunto.

Quanto all'individuazione, nell'ambito delle società partecipate dalle PA, di quelle tenute al rispetto degli obblighi di prevenzione della corruzione di cui alla l. 190/2012 si distingue tra società controllate e società partecipate. Per le società controllate si fa riferimento alla nozione di controllo contenuta nell'art. 2359, co. 1, numeri 1 e 2, del *Codice civile*. Per società partecipate si intendono, invece, quelle in cui la partecipazione pubblica non sia idonea a determinare una situazione di controllo. La distinzione proposta non ha carattere meramente formale in quanto parte dalla valutazione del perimetro di validità dell'interesse pubblico perseguito (la prevenzione dei fenomeni di corruzione e illegalità nella PA così come delineato dall'art. 1 della stessa legge 190).

Una volta definita la nozione di società controllata, il documento ha ritenuto che l'interesse alla prevenzione della corruzione e dell'illegalità debba essere legittimamente perseguito all'interno di tutte le società controllate, come sopra definite. Secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, in analogia a quanto previsto dall'art. 1,

co. 60, della l. 190/2012 per le società controllate da amministrazioni territoriali, deve pertanto essere riconosciuta l'applicabilità degli obblighi sanciti dalla stessa legge 190 anche alle società controllate dalle amministrazioni centrali. Ciò vale anche per quelle che abbiano efficacemente adottato modelli di prevenzione della corruzione del tipo di quelli previsti dal d.lgs. 231/2001. Al riguardo, infatti, va evidenziato che l'ambito di applicazione delle due normative è molto diverso, in quanto le norme contenute nel d.lgs. 231/2001 hanno la finalità di prevenire reati volti ad arrecare un indebito vantaggio all'ente ("corruzione attiva"), laddove invece la disciplina in materia di prevenzione della corruzione riguarda anche i fenomeni di illegalità idonei a danneggiare la PA per favorire il vantaggio dei privati, estendendosi a tutti i casi di corruzione, anche "passiva". Pertanto, laddove le società controllate abbiano già approvato un modello di prevenzione dei reati della specie di quello disciplinato dal d.lgs. 231/2001, tale modello dovrà essere integrato da misure idonee a prevenire anche le fattispecie previste dalla l. 190/2012.

Diverso è il discorso per le società partecipate, per le quali la sola adozione del modello previsto dal d.lgs. 231/2001 è sufficiente a ritenere adempiuti gli obblighi in materia di prevenzione della corruzione. In tale tipologia di società il modello dovrà essere integrato con misure volte a prevenire la corruzione con riferimento alle ulteriori fattispecie previste dalla legge 190, ma solo relativamente alle attività di pubblico interesse. In questi casi la disciplina dell'adozione delle misure e il connesso regime di responsabilità resta quello del d.lgs. 231/2001.

Nelle società controllate dalle amministrazioni pubbliche le misure di prevenzione della corruzione dovranno essere adottate previa nomina di un RPC che, al fine di garantire che il sistema di prevenzione non si traduca in un mero adempimento formale e che, piuttosto, sia calibrato e dettagliato come un modello organizzativo vero e proprio, in grado di rispecchiare le specificità dell'ente di riferimento, dovrà coincidere con uno dei dirigenti della società. Al RPC devono, poi, essere riconosciuti poteri di vigilanza sull'attuazione effettiva delle misure e di proposta delle integrazioni e modificazioni ritenute più opportune. In considerazione della stretta connessione tra le misure adottate ai sensi del d.lgs. 231/2001 e le misure da adottarsi ai sensi della l. 190/2012, le funzioni del RPC dovranno essere svolte in costante coordinamento con quelle dell'organismo di vigilanza nominato ai sensi della legge 231.

Quanto al regime delle responsabilità connesse alle misure di prevenzione, fermi restando gli obblighi di vigilanza gravanti sulle amministrazioni controllanti e partecipanti, (per gli enti locali codificati all'art. 147-*quater* del d.lgs. 267/2000), le responsabilità sono disciplinate secondo quanto stabilito dal *Codice civile*. In questa prospettiva il documento ha ritenuto che il RPC della società possa essere chiamato a rispondere, in termini di responsabilità disciplinare, sia in caso di compimento dei reati contro la PA di cui alla l. 190/2012 sia in caso di violazioni delle misure di prevenzione, da parte di dipendenti della società, salvo che dimostri di aver predisposto un Piano triennale efficace e di aver vigilato sulla sua attuazione.

Non si deve trascurare, però, che il Piano triennale è adottato dagli organi di governo della società e che l'efficacia delle misure in esso previste ai fini della prevenzione della corruzione dipende in larga misura dalle disposizioni che l'organo di governo vorrà dare per la loro effettiva attuazione. Le società controllate, quindi, nel definire compiti e responsabilità degli amministratori, dovranno considerare, ai fini dell'attivazione dell'eventuale azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2392 del *Codice civile*, anche i casi di compimento dei reati contro la PA previsti dalla legge 190 o di violazioni del PTPC da parte di dipendenti della società.

Le misure di prevenzione della corruzione dovranno essere adottate anche da enti di diritto privato diversi dalle società, fondazioni e associazioni, controllati o partecipati da PA. Qui, in assenza di un preciso riferimento normativo (quale l'art. 2359 per le società) si prevede di attribuire alle amministrazioni il compito di verificare, sulla base di indicatori adeguati, se l'ente sia da considerarsi in controllo o solo partecipato, con la conseguenza dell'obbligo di adottare le misure di prevenzione della corruzione previste nei due casi (controllo o sola partecipazione) dalla disciplina sulle società.

Gli ordini professionali

Con riferimento all'ambito di applicazione della l. 190/2012, particolare attenzione è stata posta alla questione dell'applicabilità agli ordini professionali. Con la delibera n. 145 del 21 ottobre 2014, l'Autorità ha ritenuto applicabile agli ordini e ai collegi professionali le disposizioni della prevenzione della corruzione di cui alla l. 190/2012 e decreti delegati, ritenendo gli stessi inquadrabili nella categoria degli enti pubblici non economici (ricompresi nella nozione di PA di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 165/2001), argomentando,

altresì che, ai sensi dell'art. 3, co. 1, del decreto del Presidente della Repubblica 5 marzo 1986, n. 68 (*Determinazione e composizione dei comparti di contrattazione collettiva, di cui all'art. 5 della legge-quadro sul pubblico impiego 29 marzo 1983, n. 93*), il rapporto di lavoro del personale degli ordini e dei collegi professionali integra un vero e proprio rapporto di pubblico impiego. Riconosciuta dalla legge (ma anche dalla giurisprudenza) l'appartenenza degli ordini e dei collegi professionali alla categoria degli enti pubblici non economici e, di conseguenza, la loro inclusione nel novero delle PA, l'Autorità ha concluso ritenendo agli stessi applicabili le disposizioni di prevenzione della corruzione di cui alla l. 190/2012 e decreti delegati.

La Società Italia Lavoro

Con riferimento alle società pubbliche, nelle more dell'adozione di linee guida *ad hoc*, l'Autorità, dopo aver riscostruito la normativa e la giurisprudenza della Corte Costituzionale, ha stabilito che la Società Italia Lavoro S.p.A. deve essere considerata amministrazione pubblica e che pertanto la stessa è tenuta a predisporre il PTPC, il PTTI e il Codice di comportamento, nonché a nominare il RPC e rispettare gli obblighi di trasparenza di cui al d.lgs. 33/2013 e i divieti di cui al d.lgs. 39/2013 (orientamento n. 96 del 21 ottobre 2014).

La Consip

Con analoga pronuncia l'Autorità si è espressa nei riguardi della Consip S.p.A., alla luce della natura pubblica della funzione svolta e dei poteri pubblicistici esercitati, che hanno permesso di ricomprenderla nel più ampio concetto di PA (orientamento n. 112 del 4 novembre 2014).

IPAB e ASP

In relazione agli istituti pubblici di assistenza e beneficenza (IPAB), ai fini dell'applicazione della l. 190/2012 e dei decreti attuativi, l'Autorità ha ritenuto che gli stessi debbano essere ricompresi nella categoria degli enti pubblici non economici di livello regionale. Ciò in ragione del fatto che hanno personalità giuridica di diritto pubblico, che svolgono funzioni amministrative e che sono riconosciuti ad amministrazioni pubbliche poteri di nomina dei componenti degli organi di cui sono

composti. Secondo l'Autorità, tale previsione si applica anche con riferimento alle aziende pubbliche di servizi alla persona (ASP), nei casi in cui mantengono la personalità giuridica di diritto pubblico.

11.1.3 I PTPC delle singole amministrazioni

Come si è accennato, l'Autorità darà conto dei risultati dell'analisi dei PTPC approvati nell'anno 2014 e aggiornati nel 2015 in un'apposita relazione che sarà resa pubblica entro giugno 2015. Ai fini della presente *Relazione*, però, è possibile indicare alcuni primi risultati con i quali si può dar conto delle tendenze più significative emerse dalla lettura dei Piani triennali.

Quanto al grado di approvazione di questo strumento, nuovo per le amministrazioni, le analisi preliminari evidenziano un livello pressoché generalizzato di adozione e pubblicazione dei PTPC: infatti, più del 90% delle amministrazioni incluse nel campione, ha adottato il Piano triennale e, tra queste, più del 50% ha aggiornato tale documento nell'ultima annualità.

Osservando i singoli comparti, essi si collocano tutti sopra il 95%, ad eccezione del comparto dei "comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti" che fanno registrare la pubblicazione dei PTPC in un numero di casi inferiore alla media (85% dei casi). Inoltre, i piccoli comuni sono gli enti che hanno provveduto in minor misura all'aggiornamento dei Piani triennali (solo il 40% circa ha aggiornato il PTPC nell'ultima annualità). In altri termini, la dimensione organizzativa sembra avere un impatto sul livello di attuazione della disciplina prevista dalla l. 190/2012 in materia di adozione e pubblicazione dei PTPC. Al contrario, la localizzazione geografica (nord, centro, sud, isole) non incide in maniera sostanziale sul livello di attuazione delle disposizioni in materia di adozione e pubblicazione dei PTPC.

Quanto alla valutazione che i Piani triennali fanno della situazione nella quale inserire poi le misure organizzative di prevenzione va registrata, nella maggior parte dei casi analizzati (più dell'80%), l'assenza di un'analisi del contesto esterno in cui opera l'amministrazione. In altri termini, i Piani triennali sono generalmente privi di un'analisi dei fattori che possono incidere in misura rilevante sul fenomeno corruttivo (come, ad esempio, variabili culturali, criminologiche, sociali e economiche del territorio). Per contro l'analisi del contesto interno (e in particolare la mappatura dei processi organizzativi) è stata

formalmente realizzata da quasi tutte le amministrazioni finora analizzate (circa il 90%), ma con livelli qualitativi molto differenti, sia con riferimento alle aree di rischio obbligatorie (in circa il 30% dei casi analizzati, è stata riscontrata un'insufficiente qualità nella mappatura dei processi organizzativi, in circa il 50% dei casi analizzati, la mappatura dei processi è stata sufficiente e solo nel 10% dei casi analizzati, la mappatura dei processi è stata dettagliata e puntuale), sia in relazione all'individuazione di ulteriori aree di rischio (in circa l'80% dei casi analizzati, le amministrazioni non hanno specificato aree ulteriori o hanno semplicemente integrato marginalmente le aree obbligatorie previste per legge, nel restante 20% dei casi analizzati, sono state specificate aree ulteriori, ma solo raramente questa integrazione è stata condotta in maniera puntuale e dettagliata).

Nel complesso, quindi, i dati evidenziano l'assenza dell'analisi del contesto esterno e un'insufficiente qualità dell'analisi del contesto interno (processi organizzativi), con una situazione leggermente migliore con riferimento ai processi relativi alle aree di rischio obbligatorie e una sostanziale assenza di integrazione con aree di rischio ulteriori a quelle previste dalla legge 190.

L'analisi organizzativa risulta, in generale, condizionata dall'assente coinvolgimento di attori esterni e dal limitato coinvolgimento degli attori interni. I primi dati sembrano, quindi, evidenziare una sostanziale difficoltà nell'attuare correttamente la metodologia di valutazione del rischio. Questo risultato certamente dipende da una non sufficiente diffusione nelle amministrazioni di conoscenze di tipo specialistico in materia di valutazione del rischio.

La scarsa qualità nell'analisi del rischio si riflette, poi, sulla qualità della programmazione delle misure di prevenzione, aspetto che risulta critico sotto un profilo metodologico oltre a non essere non conforme con quanto previsto dall'art. 1, co. 5, lett. a), della l. 190/2012.

Nel complesso, quindi, i dati evidenziano un insufficiente livello di sostenibilità organizzativa della strategia di prevenzione. Le amministrazioni sembrano non ragionare in maniera integrata nella programmazione delle misure di prevenzione e di quelle relative alla trasparenza. Le responsabilità organizzative che discendono dai PTPC non sembrano collegarsi con i sistemi di misurazione e valutazione delle *performance*, e ciò rischia di allentare il sistema di responsabilizzazione interna. Infine, manca una generalizzata sensibilizzazione interna ed esterna.

Salva una più attenta analisi delle misure organizzative di prevenzione concretamente adottate, i primi dati provvisori sembrano evidenziare una forte difficoltà delle amministrazioni di definire e programmare efficaci misure di prevenzione. In linea generale, si riscontra un approccio "passivo", orientato a trasporre nei PTPC le misure obbligatorie previste dalla normativa o ad elencarle nel PNA, senza nemmeno compiere lo sforzo di programmare gli interventi organizzativi necessari per dare attuazione a tali misure. Anche l'individuazione di misure ulteriori sembra piuttosto limitata, e questo suggerisce che i Piani triennali sono strumenti ancora standardizzati che sembrano adattarsi poco agli specifici contesti organizzativi.

Quanto, infine, alla previsione nel PTPC di adeguati strumenti di monitoraggio del Piano triennale questa risulta assente o carente in più del 60% dei casi e ciò costituisce un ulteriore elemento che mina l'efficacia potenziale delle strategie di prevenzione della corruzione.

Questi primi risultati non devono portare alla conclusione che i PTPC siano inutili, ma al contrario devono incentivare a incrementare gli sforzi a tutti i livelli affinché tali strumenti siano utilizzati in maniera corretta, responsabilizzando i diversi attori in termini di definizione e, soprattutto, attuazione delle misure di prevenzione.

A tal fine, il prossimo aggiornamento 2015 del PNA si rivela cruciale. Con esso sarà possibile dare alle amministrazioni indicazioni più precise, volte ad orientarle in misura maggiore all'effettuazione di quell'analisi organizzativa che è indispensabile per l'adozione di efficaci misure di prevenzione. In particolare il nuovo documento dell'Autorità dovrà da un lato semplificare gli indirizzi, differenziandoli per comparti di amministrazioni, tenendo in debito conto la dimensione organizzativa e dall'altro dare indicazioni non solo relativamente alla fase di programmazione, ma anche a quella di rendicontazione ed attuazione delle misure.

Le attuali carenze dei PTPC rivelano, poi, una scarsa chiarezza nella distribuzione delle responsabilità e dei ruoli nelle amministrazioni. Gli organi di indirizzo politico, portati alla semplice approvazione del PTPC, lo affidano alla cura del RPC, il quale è condizionato da un sistema di responsabilità che lo riguarda in via esclusiva. A queste carenze, però, il PNA non riesce a trovare adeguate misure di correzione, mentre sarebbe necessario un adeguamento della disciplina normativa, al fine di sanzionare non solo la mancata adozione del Piano triennale, ma la redazione dello stesso secondo regole non conformi

agli indirizzi metodologici previsti dal PNA. L'insufficiente adozione di misure di contrasto alla corruzione dovrebbe essere rilevata dall'ANAC nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza, accompagnato da poteri di ordine e di sanzione (nei casi più gravi). Si tratta, in sostanza, di rafforzare i poteri attuali dell'Autorità, esaltando il suo ruolo collaborativo, ma senza trascurare poteri di tipo sanzionatorio.

11.1.4 Il Responsabile della prevenzione della corruzione

Per la predisposizione del PTPC e, più in generale, per il governo di tutto il sistema della prevenzione della corruzione della PA, l'art. 1, co. 7, della l. 190/2012 prevede, come noto, la nomina, da parte dell'organo di indirizzo politico dell'ente o PA, di un RPC da individuarsi di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio.

La figura del RPC è di fondamentale importanza in quanto ai sensi della legge 190 è colui che propone il PTPC all'organo di indirizzo politico e ne delinea, quindi, i contenuti e le misure atte a prevenire fenomeni corruttivi e a verificarne ex post l'efficacia. Entro il 15 dicembre di ogni anno, il RPC è chiamato a pubblicare nel sito web dell'amministrazione una relazione recante i risultati dell'attività svolta; nel paragrafo successivo saranno decritti i risultati emersi a seguito dell'analisi di un campione di relazioni annuali dei RPC pubblicate nel 2014.

Le amministrazioni e gli enti a cui si applica la l. 190/2012 sono tenuti a comunicare le nomine dei RPC all'ANAC, inserite in un apposito elenco, pubblicato sul sito dell'Autorità in formato *open data* e aggiornato costantemente[48]. Al fine di favorire la realizzazione dell'elenco, l'Autorità ha predisposto e reso disponibile sul proprio sito un apposito modulo per la trasmissione delle informazioni relative non solo al RPC, ma anche al RT in considerazione del fatto che, ai sensi del d.lgs. 33/2013, le due funzioni sono svolte di norma dal medesimo soggetto. Allo stato attuale, la base dati contiene oltre 7.000 nomine di RPC e RT, di cui circa 6.000 risultano essere attualmente in carica.

Come si evince dalla tabella 11.1, al 31 gennaio 2015, la nomina dei RPC è stata comunicata all'ANAC dalla totalità di ministeri, agenzie fiscali, regioni, università e camere di commercio. Prossimi alla totalità sono i valori di grandi enti pubblici nazionali, province e aziende sanitarie locali (ASL).

[48] Per la consultazione dei dati completi, si rimanda alla sezione *Servizi*, area *Servizi on line-Nomine dei Responsabili della Prevenzione della Corruzione (RPC) e dei Responsabili della Trasparenza (RT)* del sito istituzionale dell'Autorità. I dati relativi alle nomine dei RPC, riportati nelle tabelle successive, sono aggiornati al 31 gennaio 2015.

Le comunicazioni dei RPC da parte dei comuni, pur denotando una crescita significativa rispetto al 31 dicembre 2013 (dal 31% al 54%), si attestano invece su livelli ancora bassi. Ciò è dovuto, in molti casi, anche al fatto che alla sostituzione del segretario comunale non segue la comunicazione della nomina del nuovo RPC. Resta comunque una porzione significativa di comuni che non hanno mai comunicato la nomina del RPC all'ANAC.

Altre tipologie di enti con basse percentuali di comunicazione risultano essere le comunità montane e le altre tipologie di aziende del servizio sanitario nazionale (SSN), quali aziende ospedaliere e istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS).

Allo scopo di rendere la base dati aggiornata e completa per tutte le tipologie di amministrazione, nel mese di febbraio 2015 l'Autorità ha sollecitato l'invio della comunicazione della nomina del RPC (e del RT) alle amministrazioni che ancora non avevano provveduto.

Tabella 11.1 Nomine dei RPC pervenute all'ANAC

Tipologia di amministrazione	Numerosità	Nomine RPC	Percentuale di copertura	Comunicazione nomina RPC ma non RT
Presidenza del Consiglio dei Ministri	1	1	100%	
Ministeri	13	13	100%	
Agenzie fiscali	2	2	100%	
Enti pubblici nazionali	80	74	92,5%	2
Enti previdenziali	*2*	*2*	*100%*	
Enti di ricerca	*23*	*23*	*100%*	
Enti parco	*23*	*21*	*91,3%*	
Altri enti	*32*	*28*	*87,5%*	
Regioni*	22	22	100%	
Consigli regionali	22	12	54,5%	
Province	108	106	98,1%	12
Comuni	8.092	4.336	53,6%	1.007
Grandi comuni	*15*	*15*	*100%*	
Aziende del SSN - ASL	142	141	99,3%	14
Aziende del SSN - Aziende Ospedaliere	160	84	52,5%	15
Enti del SSN		22		2
Camere di commercio	106	106	100%	42
Università statali	67	67	100%	4
Comunità montane	332	55	16,6%	10
Unione di comuni, consorzi di comuni		154		20
Enti pubblici regionali		82		8
Altro (enti pubblici regionali, enti pubblici locali)		580		35
Totale RPC in carica		**5.857**		
Nuove nomine (RPC sostituiti)		1.193		
Totale nomine RPC pervenute		**7.050**		

* Regioni più province autonome di Trento e Bolzano

Fonte: ANAC

La tabella 11.2 lascia emergere livelli di comunicazione della nomina del RPC da parte dei comuni molto differenziati e direttamente proporzionali alle loro dimensioni in termini di

popolazione. Se, da un lato, i comuni sopra i 20.000 abitanti hanno comunicato nella larga maggioranza dei casi la nomina del RPC, dall'altro lato i comuni più piccoli, in particolare quelli con meno di 5.000 abitanti, hanno incontrato difficoltà nel trasmettere il nominativo del RPC.

Tabella 11.2 Comuni con RPC suddivisi per fasce di popolazione

Fasce di popolazione residente (n. abitanti)	N. di comuni totali	N. di comuni con RPC	Percentuale di copertura
Meno di 5.000 abitanti	5.683	2.677	47%
Tra 5.000 e 20.000 abitanti	1.893	1.250	66%
Tra 20.000 e 50.000 abitanti	367	285	78%
Tra 50.000 e 250.000 abitanti	137	119	87%
Oltre 250.000 abitanti	12	12	100%
Totale	8.092	4.343	54%

Fonte: ANAC

I livelli di comunicazione della nomina del RPC da parte dei comuni sono differenziati anche rispetto alla dimensione territoriale. Dalla tabella 11.3 si evince che la differenziazione dei livelli di comunicazione non concerne le macro-aree geografiche (nord, centro, sud e isole) che si attestano su valori di poco superiori al 50%. La differenziazione, piuttosto, è presente all'interno di ciascuna macro-area geografica. Tra le regioni con il maggior numero di comuni che hanno comunicato la nomina del RPC spiccano Valle d'Aosta, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna, Lombardia, Umbria, Toscana, Basilicata, Sicilia e Puglia. Liguria, Piemonte, Lazio e Abruzzo, invece, sono le regioni in cui è presente il minor numero di comuni che hanno comunicato la nomina del RPC.

Tabella 11.3 Percentuale di copertura dei comuni con RPC per zona geografica

Regione	N. di comuni con RPC	N. di comuni totali	Percentuale di copertura
Nord	2.493	4.359	55%
Centro	543	996	55%
Sud e isole	1.307	2.557	51%
Totale	**4.343**	**8.092**	**54%**

Fonte: ANAC

Le amministrazioni hanno comunicato anche informazioni relative alla qualifica, dirigenziale o meno, del soggetto che svolge la funzione di RPC.
Per i comuni, nello specifico, è prevista la nomina del segretario, salvo diversa e motivata determinazione. Il 59% delle amministrazioni individuano il RPC tra i dirigenti di prima o seconda fascia, mentre l'11% ha difficoltà nell'individuare una figura dirigenziale finendo per assegnare l'incarico di RPC a un funzionario. Con specifico riferimento ai comuni, il RPC coincide con la figura di segretario nel 96% dei casi.
Emergono infine delle differenze tra i comparti anche con riferimento agli organi che hanno proceduto alla nomina del RPC. Nella maggioranza dei casi ad effettuare la nomina è l'organo di vertice dell'amministrazione. Tale tendenza è però meno pronunciata nelle università e negli enti pubblici nazionali dove è rilevante il ruolo degli organi collegiali.

11.1.5 Le relazioni annuali dei RPC

Ai sensi dell'art. 1, co. 14, della l. 190/2012 e del PNA i RPC redigono una relazione annuale sull'efficacia delle misure di prevenzione definite nei PTPC. Per le relazioni 2014, l'Autorità ha definito con comunicazione del 12 dicembre 2014 una scheda standard per la predisposizione del documento, fornendo indicazione di pubblicarla sul sito istituzionale di ogni amministrazione, entro il 31 dicembre 2014, nella sezione "Amministrazione trasparente". Dal 23 al 27 marzo 2015 sono state acquisite dai siti istituzionali le relazioni dei RPC delle amministrazioni individuate già come campione nella delibera 71/2013, ai cui allegati si rimanda per i dettagli sulla metodologia di campionamento.
L'Autorità si è proposta di effettuare un'analisi delle citate relazioni al fine di conoscere i risultati dell'attività svolta dalle PA in materia di prevenzione della corruzione e le eventuali criticità utili ai fini dell'aggiornamento del PNA.

Tabella 11.4 Tipologia di amministrazioni oggetto del campionamento e relativa numerosità

Tipologia	Totale amministrazioni	Amministrazioni campioni	Percentuale campionata
Presidenza del Consiglio dei Ministri	1	1	100,0%
Ministeri	13	13	100,0%
Agenzie	3	2	66,7%
Grandi enti	8	7	87,5%
Università	61	10	16,4%
Regioni e province Autonome	21	20	95,2%
Aziende sanitarie	143	30	21,0%
Grandi comuni	15	15	100,0%
Comuni segnalati	35	28	80,0%
Camere di commercio	105	10	9,5%
Province	108	19	17,6%
Totale	**513**	**155**	**30,2%**

Fonte: ANAC

A seguito di una prima ricognizione, l'effettivo campione di amministrazioni per le quali è stata analizzata la relazione degli RPC è pari a 155 unità[49], la cui distribuzione e frazione di campionamento sono riportate nella tabella 11.4. Si evidenzia che la rilevazione è totale per Presidenza del Consiglio, ministeri e grandi comuni e quasi totale per regioni e province autonome, grandi enti e agenzie.

Si riportano, di seguito, le principali evidenze emerse dalle relazioni degli RPC con particolare riferimento all'effettività delle misure previste nei PTPC, nonché le prime valutazioni sull'efficacia di quanto implementato.

La gestione del rischio

La gestione del rischio rappresenta uno degli elementi cardine dei PTPC e comporta la definizione delle aree e dei processi più esposti al rischio di corruzione e, quindi, delle specifiche misure di contrasto da mettere in atto da parte delle singole amministrazioni. L'efficacia di tale strumento dipende non solo dall'accuratezza della mappatura dei

[49] Al campione di 166 relazioni della richiamata delibera è stata aggiunta la Presidenza del Consiglio dei Ministri e sono state tolte, al contempo, 11 relazioni non disponibili a seguito dell'attività di ricognizione sui siti istituzionali.

processi in sede di elaborazione dei PTPC, ma anche dallo svolgimento di controlli sulla gestione delle misure di trattamento dei rischi di corruzione in sede di attuazione dei Piani triennali sopra menzionati. Nello specifico, i RPC rispondenti dichiarano nel 68% dei casi di avere effettuato controlli (che intervengono successivamente alla mappatura dei processi e dei rischi) sulla gestione delle misure di trattamento dei rischi di corruzione, con uno scostamento che va dall'84% delle province al 50% delle regioni. Nel 26% dei casi tali controlli non erano previsti nel PTPC e ciò vale per ben il 50% delle regioni e solo per il 5% delle province. Per nove RPC (pari al 6%) la misura, pur essendo prevista nel PTPC, non è stata attuata. Le motivazioni della mancata previsione e/o attuazione riportate dai RPC riguardano principalmente la carenza di personale e la mancata individuazione della struttura preposta all'attività di controllo, processo di riorganizzazione in atto.

Le amministrazioni tendono ad attuare i controlli in modo selettivo focalizzandosi solo su alcune aree di rischio. La principale area di rischio soggetta a controlli, pari al 40% dei casi, è costituita dall'area "affidamento di lavori, servizi e forniture", mentre con netto distacco (con una percentuale pari al 20%) segue l'area "provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari con effetto economico diretto ed immediato per il destinatario". Solo nel 9% dei casi è stata indicata l'area "acquisizione e progressione del personale". A dimostrazione di una limitata propensione a personalizzare la gestione del rischio rispetto alle specificità delle amministrazioni, in solo 12 casi vengono indicate aree di rischio ulteriori.

I giudizi complessivi che gli RPC esprimono sul modello di gestione del rischio giungono spesso alla conclusione che risulta necessaria una revisione. In particolare, è stata segnalata la necessità di porre in essere azioni volte a dare maggiore efficacia alla gestione del rischio quali: aggiornare/completare la mappatura/catalogo dei rischi e dei processi, adattare il modello proposto dal PNA alle specificità dell'amministrazione e delle sue diverse articolazioni organizzative, integrare il modello in relazione alle ulteriori aree a rischio individuate, adattare il modello alle revisioni organizzative, integrare il modello con il sistema dei controlli interni. Sono stati proposti anche alcuni accorgimenti organizzativi quali: l'aumento della capacità di revisione e controllo con l'introduzione di figure dedicate e l'aggiunta di una supervisione di secondo livello effettuata da un organismo collegiale aziendale. Nel complesso si evince una richiesta di semplificazione del modello

previsto dal PNA al fine di pervenire a una procedura "non adempimentale". Il modello, infatti, è stato in alcuni casi definito come troppo complesso e gravoso in termini organizzativi, difficile da adattare alle concrete esigenze dell'amministrazione, anche in relazione alla dimensione organizzativa.

La rotazione del personale

La metà dei RPC rispondenti dichiara di aver effettuato la rotazione del personale nella propria amministrazione, con un valore massimo pari all'88% per ministeri, agenzie e Presidenza del Consiglio dei Ministri e un valore minimo pari al 32% per comuni segnalati, regioni e province autonome. Tali differenze sono parzialmente spiegabili in ragione delle diverse dimensioni organizzative delle amministrazioni.

Tabella 11.5 Rotazione del personale (valori espressi in %)

Tipologia di amministrazione	Implementazione rotazione del personale			Aree a rischio interessate dalla rotazione				
	SI	NO	Non prevista PTPC	Acquisizione e progressione personale	Affidamento lavori, servizi e forniture	Autorizzazioni, concessioni, ecc.	Sussidi, benefici, ecc.	Aree di rischio ulteriori
Ministeri, agenzie e Presidenza del Consiglio dei Ministri	88	6	6	14	26	23	23	14
Grandi enti	71	29	0	33	25	17	17	8
Università	40	0	60	31	23	15	15	15
Regioni e province autonome	32	5	63	24	24	24	24	6
ASL	45	21	34	17	23	17	17	26
Grandi comuni	47	7	47	21	25	21	21	13
Comuni segnalati	32	25	43	6	25	25	25	19
Camere di commercio	70	10	20	12	24	18	18	29
Province	58	16	26	11	33	19	22	15
Totale	**50**	**14**	**36**	**17**	**26**	**20**	**20**	**17**

Fonte: ANAC

Analizzando la tipologia di personale interessato dalla rotazione emerge che, nella gran parte delle amministrazioni che hanno attuato tale misura, questa interessa sia il personale dirigente che quello non dirigente; in un numero minore di casi essa è limitata a una sola delle due tipologie con una prevalenza della sola rotazione dei funzionari nelle amministrazioni di piccola dimensione. Riguardo alla quota di personale interessato dalla misura, le percentuali risultano molto differenziate. Nella gran parte dei casi, tuttavia, la rotazione sembra più collegata ai processi di riorganizzazione che hanno interessato le strutture ovvero a ipotesi di avvicendamento dei vertici, piuttosto che frutto dell'analisi del rischio.[50] Di rado il personale ruotato viene calcolato limitatamente alle aree a rischio, ottenendo delle percentuali più congrue, perlomeno in ottica di prevenzione della corruzione.

Agli aspetti organizzativi sinora esposti vanno aggiunte anche le peculiarità di alcune tipologie di personale che sono, per loro natura, maggiormente interessate da fenomeni di rotazione come, ad esempio, il personale diplomatico e il personale ispettivo. In alcuni casi non vengono individuate specifiche tipologie di personale ruotate in base alla qualifica, ma bensì alla funzione come, ad esempio, i membri delle commissioni di gara, delle commissioni di concorso ed i RUP.

Riguardo alle aree maggiormente interessate dalla rotazione prevale l'area "affidamento di lavori, servizi e forniture" con una percentuale media pari al 26% da cui non si discostano in modo significativo i valori delle diverse tipologie di amministrazione; discorso analogo vale anche per le altre aree a rischio. Sembra invece significativa la differenza con le percentuali ottenute nell'ambito della gestione del rischio, nei confronti delle quali ci si attenderebbe una maggiore coerenza, visto che la rotazione dovrebbe interessare proprio il personale delle aree più a rischio.

Passando all'analisi dell'altra metà di amministrazioni che non hanno effettuato la rotazione, occorre notare che ben il 36% di esse non ha neanche previsto tale misura nel PTPC, mentre il restante 14% l'ha prevista senza poi attuarla. Le principali ragioni della mancata o parziale attuazione sono riconducibili a fattori quali: processi di

[50] Alcuni casi limite evidenziano il fenomeno della rotazione quale effetto del c.d. "*spoil system*" legato al cambio di Governo oppure all'accorpamento con altri enti. Quasi tutti i ministeri, ad esempio, hanno dichiarato di aver effettuato una rotazione di parte del personale, anche se dovuta a processi di riorganizzazione resisi necessari dalle recenti norme sulla *spending review*. Un discorso analogo vale per le province, interessate da processi di riorganizzazione conseguenti ai provvedimenti normativi degli ultimi anni.

riorganizzazione in corso; ridotte dimensioni dell'amministrazione, dove in alcuni casi è presente un solo dirigente; carenza di personale con professionalità interscambiabili/ sostituibili. Quest'ultima motivazione risulta presente anche in amministrazioni di medio-grandi dimensioni (in particolare i ministeri) ed è prevalente tra le ASL e le università. Gran parte delle ASL riporta la difficoltà di applicare la rotazione per le aree clinico-sanitarie, a causa della specializzazione dei professionisti nelle varie unità operative ospedaliere e assistenziali. Invece, gran parte delle università sottolinea la presenza di una dirigenza ad elevata connotazione tecnico-specialistica che richiede competenze professionali e manageriali difficilmente interscambiabili, quantomeno nel breve periodo.
Infine, desta perplessità il fatto che, anche per amministrazioni di medio-grandi dimensioni, l'analisi del rischio non conduca a nessun processo/procedimento per il quale implementare la misura della rotazione oppure venga applicata solo in caso di rinvio a giudizio o condanne.

L'inconferibilità degli incarichi dirigenziali

Le amministrazioni in cui operano i RPC rispondenti hanno in larga parte (91% dei casi) richiesto agli interessati la dichiarazione sull'insussistenza di cause di incompatibilità e di inconferibilità. Le percentuali più basse si registrano per comuni segnalati e camere di commercio, con valori pari rispettivamente al 73% e 78%, a causa dell'assenza di affidamenti di incarichi dirigenziali successivi all'entrata in vigore della l. 190/2012. In altri casi, l'amministrazione dichiara che la misura è in via di definizione o che è in corso la raccolta delle dichiarazioni. Motivazioni che invece sembrano non essere congruenti riguardano la sola verifica diretta (senza richiesta di dichiarazione) sulla presenza di cause di inconferibilità e incompatibilità, nonché la presunzione che la dichiarazione in oggetto sia resa implicitamente con l'accettazione formale dell'incarico conferito.
Pur essendo diffusamente richieste agli interessati le dichiarazioni sull'insussistenza di cause di incompatibilità e di inconferibilità, risulta invece basso (pari al 28%) il numero di amministrazioni che hanno effettuato verifiche sulla veridicità delle stesse, con una variazione che va dal 44% di ministeri, agenzie e Presidenza del Consiglio dei Ministri fino alla totale assenza per i comuni segnalati. Il dato più rilevante è che ben due terzi delle amministrazioni non hanno previsto tali verifiche all'interno dei propri PTPC, ed è proprio a questo motivo che la gran parte degli RPC ha attribuito le cause dei mancati

controlli. La mancata attivazione di procedure di controllo è dovuta a vari fattori quali le modalità applicative complesse e le difficoltà nel reperimento di informazioni esaustive, la carenza di risorse e strumenti adeguati, problemi organizzativi e di individuazione dell'ufficio e/o soggetto competente.

Le amministrazioni che hanno effettuato verifiche sulla veridicità delle dichiarazioni hanno proceduto spesso a controlli su tutte le dichiarazioni e, prevalentemente per le amministrazioni di maggiori dimensioni, a campione; in qualche casosi procede, invece, alle verifiche soltanto su segnalazione. Dai controlli risultano due casi di violazione accertata, senza però precisare il tipo di violazione commessa, di cui uno è in fase di contestazione.

Nel complesso, le dichiarazioni sono state acquisite dalla larga maggioranza delle amministrazioni, ma solo una stretta minoranza di queste ultime ha attuato modalità efficaci di verifica. Al fine di superare questo squilibrio, in sede di formulazione di un giudizio complessivo sulla misura in oggetto, i RPC hanno avanzato alcune proposte di miglioramento. In particolare, si sottolinea: l'opportunità di poter accedere direttamente, ai fini di un aggiornamento costante, alle banche dati del Casellario giudiziale; la possibilità di poter utilizzare la banca dati dell'Agenzia delle Entrate, con particolare riferimento ai dati relativi alla denuncia dei redditi, al possesso di partite IVA e alle persone giuridiche; la necessità che vengano adottate iniziative, da parte delle autorità competenti, per rendere possibile alle amministrazioni la verifica di incompatibilità legate ad eventuali posizioni di parenti e affini.

L'incompatibilità per particolari posizioni dirigenziali

Solo in 24 amministrazioni (16%) i RPC hanno dichiarato di aver ricevuto segnalazioni su situazioni di incompatibilità. Il valore più alto, pari al 27%, si registra per i grandi comuni mentre sono assenti segnalazioni nelle università e nelle camere di commercio. Le segnalazioni che hanno dato luogo all'accertamento di violazioni sono pari a otto unità, pervenute tutte presso enti territoriali. Solo due terzi delle amministrazioni ha svolto monitoraggi, prevalentemente annuali, sulla presenza di situazioni di incompatibilità. È di due terzi la percentuale di amministrazioni che non ha previsto all'interno dei propri PTPC verifiche sull'incompatibilità, analogamente a quanto si registra per l'inconferibilità e, nella maggior parte dei casi, per le analoghe ragioni sopraindicate. A seguito del

monitoraggio, sono stati riportati quattro casi, tutti presso ASL, di violazioni accertate di cui una ha portato alle dimissioni dall'incarico rivestito. Riguardo alle modalità di attuazione delle verifiche, soggetti preposti e relative criticità, le considerazioni sono analoghe al caso dell'inconferibilità e, pertanto, si rimanda a quanto sopra esposto.

La tutela del whistleblower

Le amministrazioni che hanno dichiarato di aver attivato una procedura, di qualunque tipo, per la raccolta di segnalazioni di illeciti da parte dei dipendenti pubblici sono pari al 61%, con un valore massimo dell'83% per le province e un valore minimo del 39% per i comuni (tra quelli oggetto di segnalazione di cui alla delibera 71/2013). Ben il 33% non ha previsto la misura nel PTPC mentre, il restante 7% non l'ha implementata pur avendola prevista. La principale ragione della mancata attuazione riguarda la carenza di risorse, soprattutto nel caso delle amministrazioni di piccole dimensioni, che spesso ritengono la misura poco adeguata al loro contesto.

Tabella 11.6 Caratteristiche delle procedure di raccolta delle segnalazioni (valori espressi in %)

Tipologia di amministrazione	Attivazione procedura raccolta segnalazioni			Modalità inoltro segnalazioni			
	SI	NO	Non prevista PTPC	Documento cartaceo	Email	Sistema informativo (SI) dedicato	SI dedicato con garanzia anonimato
Ministeri, agenzie e Presidenza del Consiglio Ministri	50	6	44	20	50	10	20
Grandi enti	57	14	29	33	50	0	17
Università	70	10	20	50	30	0	20
Regioni e province autonome	60	0	40	35	45	10	10
ASL	69	14	17	31	41	18	10
Grandi comuni	73	0	27	44	44	6	6
Comuni segnalati	39	11	50	50	50	0	0
Camere di commercio	44	0	56	50	17	0	33
Province	83	0	17	29	52	5	14
Totale	**61**	**7**	**33**	**36**	**44**	**8**	**12**

Fonte: ANAC

Non ha influito sull'attivazione dell'istituto il tipo di procedura, informatizzata o meno, predisposta all'interno delle amministrazioni.

Solo poco più della metà delle segnalazioni sono state ricevute tramite le procedure attivate dalle amministrazioni[51]. D'altro canto la promozione, da parte dell'amministrazione, degli strumenti e quindi l'effettiva conoscenza degli stessi, da parte dei segnalanti, andranno opportunamente verificati in un arco temporale superiore all'annualità: qualche RPC evidenzia, infatti, che la procedura è troppo recente per riscuotere la fiducia del segnalante.

Tabella 11.7 Caratteristiche delle segnalazioni raccolte dai RPC

Tipologia di amministrazione	N. segnalazioni	Percentuale sul totale	Percentuale con procedura di raccolta	N. medio segnalazioni per tipologia	N. segnalazioni per soggetto segnalante			
					Personale dirigente	Personale non dirigente	Anonima	Altro
Ministeri, agenzie e Presidenza del Consiglio dei Ministri	16	17,8%	43,8%	1,0	2	5	6	3
Grandi enti	2	2,2%	0%	0,3	0	1	0	1
Università	1	1,1%	0%	0,1	0	0	1	0
Regioni e province autonome	18	20,0%	38,9%	0,9	6	7	2	3
ASL	18	20,0%	61,1%	0,6	2	10	4	2
Grandi comuni	17	18,9%	76,5%	0,6	4	12	0	1
Comuni segnalati	8	8,9%	87,5%	0,3	0	8	0	0
Camere di commercio	0	0%	0%	0	0	0	0	0
Province	10	11,1%	20%	0,5	6	4	0	0
Totale	**90**		**52,2%**	**0,6**	**20**	**47**	**13**	**10**

Fonte: ANAC

[51] Nel 44% dei casi le procedure sono state avviate via mail (non di rado tramite casella di posta dedicata, accessibile solo al RPC) e nel 36% secondo modelli cartacei. Da notare, che tali modalità non sono esclusive, ma spesso integrate. Il restante 20% ha attivato un sistema informativo dedicato e 17 RPC (pari al 12%) dichiarano che tale sistema presenta la garanzia di anonimato (tramite protocollo riservato o altro sistema specifico). Tuttavia, tra queste ultime solo cinque (pari al 29%) hanno ricevuto almeno una segnalazione; ciò sembra ulteriormente confermare il fatto che né l'attivazione di una procedura, né tantomeno la esplicita garanzia di anonimato della stessa siano stati un incentivo per i segnalanti.

Nel complesso, le segnalazioni non sono state numerose se si considera che nell'intero campione assunto come riferimento sono pervenute 90 segnalazioni (in media 0,6 per amministrazione), come si evince dalla tabella 11.7. Il 40% di queste è equamente suddiviso tra regioni e ASL; seguono grandi comuni e ministeri, agenzie e Presidenza del Consiglio dei Ministri con valori superiori al 17%. Le altre tipologie di amministrazioni presentano valori sensibilmente più bassi fino ad arrivare all'assenza di segnalazioni per le camere di commercio.

Riguardo ai profili dei segnalanti, come si evince sempre dalla precedente tabella, delle 90 segnalazioni ricevute dai RPC, più della metà provengono da personale non dirigente mentre poco più del 20% da personale dirigente. Un numero limitato di segnalazioni, pari al 14%, rimane anonimo[52]. Nella voce residuale "altro" sono contenute le segnalazioni provenienti da organismi sindacali, da privati cittadini o i casi in cui il RPC non ne ha specificato la provenienza. Solo in due casi sembrano essersi verificate situazioni di discriminazione di segnalanti, entrambi presso enti territoriali.

Nell'ambito della formulazione di un giudizio complessivo sulla misura in questione, molti RPC pongono il problema della tutela dell'anonimato del dipendente pubblico che segnala illeciti, limitata dall'accesso all'identità del segnalante previsto dall'art. 54-*bis,* co. 2, del d.lgs. 165/2001. L'irrogazione di sanzioni (a volte riportate nel Codice di comportamento) nel caso di violazioni dell'anonimato o di comportamenti discriminatori viene valutata, comunque, un'opportuna forma di tutela. Qualche RPC ritiene che dovrebbero meglio definirsi le tutele del segnalante nei procedimenti civili o penali eventualmente instauratisi su iniziativa del denunciato, oltre che rafforzare quelle relative al procedimento disciplinare. Al fine di migliorare l'efficacia della misura si ritiene necessario rafforzare la pubblicità della tutela del segnalante attraverso strumenti idonei di comunicazione e, inoltre, si suggerisce di valutare, in sede legislativa, la possibilità di premiare il segnalante.

Il Codice di comportamento

Il 90% dei RPC dichiara che la propria amministrazione ha adottato un Codice di comportamento che integra e specifica il decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62 (*Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo*

[52] Da notare, che diverse amministrazioni prevedono esplicitamente la possibilità di ricevere segnalazioni che non richiedono l'identificazione del segnalante, a volte anche con la predisposizione di teche o urne.

54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165). Tuttavia, anche le 15 amministrazioni (pari al 10%) che dichiarano di non aver ancora adottato il Codice di comportamento, tra cui vi è una prevalenza di ministeri, riportano che la procedura di adozione è in corso. In particolare, il documento risulta o in fase di consultazione o di recepimento delle osservazioni ricevute o in attesa del parere dell'OIV (si sono verificati anche casi di temporanea vacanza) o in fase di adozione da parte del vertice politico-amministrativo.

I RPC spesso dichiarano di essere stati affiancati, nella redazione del Codice di comportamento, dall'ufficio procedimenti disciplinari (UPD) o comunque da unità organizzative di supporto nell'ambito della gestione del personale. Risultano molto eterogenee le modalità di coinvolgimento dell'OIV o del Nucleo di valutazione, chiamato ad emanare un parere obbligatorio preventivo all'adozione di tale documento. La consultazione degli *stakeholder*, invece, è avvenuta in genere tramite pubblicazione della bozza di Codice di comportamento sul sito istituzionale dell'amministrazione, accompagnata a volte da e-mail e/o lettere di invito rivolte alle diverse categorie di attori interni ed esterni. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, i risultati delle consultazioni sono stati deludenti, in quanto non sono pervenute osservazioni oppure ne sono state ricevute pochissime di scarsa rilevanza, specialmente da soggetti esterni. La bassa partecipazione di questi ultimi sembrerebbe dovuta al fatto che il Codice di comportamento viene percepito prevalentemente come un documento interno all'amministrazione.

Raramente sono evidenziate le specificità dei codici delle singole amministrazioni rispetto al Codice di comportamento (d.p.r. 62/2013). I RPC hanno segnalato la difficoltà incontrata nell'adattare il Codice di comportamento alla specificità settoriale delle amministrazioni. Le difficoltà sono emerse soprattutto nei settori università e sanità.

Solo 16 amministrazioni (pari al 12% dei rispondenti) hanno ricevuto richieste di parere nell'applicazione del Codice di comportamento, prevalentemente in materia di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi e di conflitto di interesse. Il 23% delle amministrazioni rispondenti (31 casi, di cui oltre il 60% grandi comuni) ha ricevuto segnalazioni relative alla violazione del Codice di comportamento. Tra questi, le percentuali di violazioni accertate variano tra il 50% e il 100%. In meno della metà dei casi sono stati avviati procedimenti disciplinari.

La formazione

Per quanto concerne le attività formative, dalle relazioni emerge che il 90% delle amministrazioni ha erogato la formazione dedicata alla prevenzione della corruzione, con percentuali massime per il comparto dei ministeri, agenzie e Presidenza del Consiglio dei Ministri e delle università. Delle rimanenti amministrazioni, il 6% ha risposto che la misura era prevista nel PTPC, mentre il restante 4% ha dichiarato di non aver programmato alcuna iniziativa formativa a priori.

Tabella 11.8 Formazione: destinatari ed enti erogatori (valori espressi in %)

Tipologia di amministrazione	Erogazione formazione			Soggetti destinatari				Soggetti erogatori					
	SI	NO	Non prevista PTPC	RPC	Organi di controllo interno	Dirigenti	Dipendenti	SNA	Università	Altro soggetto pubblico	Soggetto privato	Formazione *in house*	Altro
Ministeri, agenzie e Presidenza del Consiglio dei Ministri	100	0	0	26	17	28	30	42	6	11	14	22	6
Grandi enti	86	14	0	29	12	24	35	50	0	0	8	42	0
Università	100	0	0	33	0	30	37	4	25	8	25	21	17
Regioni e province autonome	90	0	10	29	9	32	30	5	16	16	28	28	7
ASL	90	7	3	31	8	31	29	2	3	20	32	31	12
Grandi comuni	86	7	7	27	8	32	32	0	7	19	22	37	15
Comuni segnalati	86	7	7	30	10	25	35	0	6	15	45	30	3
Camere di commercio	90	10	0	17	13	30	39	0	0	13	19	31	38
Province	89	11	0	26	9	33	33	3	0	13	34	38	13
Totale	**90**	**6**	**4**	**28**	**10**	**30**	**32**	**9**	**7**	**15**	**28**	**30**	**11**

Fonte: ANAC

Tra le ragioni della mancata erogazione sono segnalate cause connesse alla mancanza di risorse e a problemi organizzativi interni. Alcune di queste amministrazioni dichiarano di aver comunque rinviato al 2015, lo svolgimento dei relativi corsi.

Per quanto concerne i destinatari della formazione, le amministrazioni hanno mostrato una tendenza non selettiva: sono stati coinvolti RPC, dirigenti e dipendenti. Un'esigua percentuale delle amministrazioni non risulta aver erogato la formazione ai medesimi

RPC. Si tratta per metà di enti locali ma vi rientrano anche unità del comparto ministeri, agenzie e Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Per quanto concerne i soggetti "formatori", i risultati evidenziano difformità tra comparto e comparto. Complessivamente emerge un frequente ricorso alla formazione svolta *in-house* e da soggetti privati. Per ministeri, agenzie e Presidenza del Consiglio dei Ministri e grandi enti, invece prevale il ricorso alla SNA, dato che la stessa Scuola è incaricata dalla normativa di provvedere, senza oneri, alla formazione delle amministrazioni centrali. Alcune università hanno risposto di aver partecipato alle iniziative formative organizzate da altri poli.

Riguardo ai contenuti, 136 amministrazioni su 155 hanno rivolto la formazione verso la "normativa anticorruzione e trasparenza". Per gli altri argomenti previsti dalla scheda di rilevazione, sono riportate di seguito le diverse percentuali rilevate nel complesso delle amministrazioni: "piano triennale di prevenzione della corruzione" (13%), "programma triennale per la trasparenza e l'integrità" (12%), "gestione del rischio" (10%), "Codici di comportamento" (12%), "inconferibilità e incompatibilità degli incarichi e conflitto d'interessi" (10%), "normativa sui contratti pubblici" (9%), "tutela del dipendente pubblico che segnala gli illeciti (*whistleblowing*)" (9%), "normativa penale sulla corruzione" (9%). Le amministrazioni dei diversi comparti dimostrano comportamenti piuttosto omogenei nella scelta dei diversi contenuti formativi.

Nelle amministrazioni che hanno segnalato la formazione rivolta ai RPC (112), quasi il 30% non ha tenuto in considerazione un corso sull'analisi del rischio. Questa circostanza è probabilmente significativa. L'assenza di competenze specifiche in materia rischia peraltro di compromettere l'efficace predisposizione dei PTPC.

Altra criticità si evince dalla bassa percentuale di amministrazioni rispondenti al quesito sull'appropriatezza dei destinatari della formazione erogata e sui contenuti secondo le aree di rischio. Indicatore che sottolinea come la selezione dei destinatari e la scelta dei contenuti formativi rimane ancora un obiettivo non implementato.

Sintesi delle evidenze

Dall'analisi delle sezioni della relazione dei RPC relative ai singoli strumenti di prevenzione emergono alcune implicazioni significative relativamente alle strategie elaborate e attuate dalle amministrazioni nel corso del 2014.

Emerge, innanzitutto, la difficoltà riscontrata da una porzione non trascurabile di amministrazioni di elaborare i PTPC in modo da definire indirizzi puntuali rispetto all'attuazione dei diversi strumenti di prevenzione. È emblematico, ad esempio, che i controlli sulle misure di gestione del rischio non siano stati previsti da circa un quarto delle amministrazioni oggetto di rilevazione. Inoltre, anche quando sono previsti dai PTPC, i controlli sulle misure di gestione del rischio tendono a focalizzarsi solo su alcune aree di rischio senza riuscire a interessare almeno tutte quelle obbligatorie. È particolarmente significativa, peraltro, l'assenza di un raccordo tra analisi del rischio e strumenti quali Codice di comportamento e rotazione. Nello spirito nella l. 190/2012 l'analisi del rischio dovrebbe costituire lo strumento attraverso cui le amministrazioni pianificano l'adozione di altre misure in modo da renderla coerente rispetto a specifici contesti, risorse e missioni istituzionali. L'assenza di raccordo riportata dai RPC evidenzia che il percorso da compiere verso strategie di prevenzione personalizzate è appena all'inizio.

Un'altra dimensione particolarmente rilevante della politica di prevenzione, che presenta ampi margini di miglioramento da parte delle amministrazioni in sede di elaborazione dei PTPC, è quella relativa alle verifiche sulle situazioni di inconferibilità e incompatibilità. In questo caso solo un terzo circa delle amministrazioni ha previsto misure nei propri PTPC, denotando la carenza di attuazione delle misure previste nel d.lgs. 39/2013.

Significativa è anche la porzione di amministrazioni, circa un terzo tra quelle oggetto di rilevazione, che non ha previsto nei PTPC misure relative a uno degli strumenti di prevenzione più innovativi, vale a dire la tutela del *whistleblower*. È emersa, inoltre, la limitata capacità di stimolare le segnalazioni da parte di soggetti esterni alle amministrazioni. Questi ultimi preferiscono rivolgersi ad un soggetto terzo come l'ANAC, destinatario di numerose segnalazioni, piuttosto che all'amministrazione in cui risulta il fatto di *malagestio*. Ciò può denotare la necessità, da parte delle amministrazioni, di sistemi di controllo o di iniziative di comunicazione capaci di rassicurare i cittadini circa l'efficacia delle misure di prevenzione attuate al proprio interno.

Infine, dalle relazioni dei RPC sono emerse alcune proposte per il superamento del diffuso deficit di attuazione degli strumenti di prevenzione. In particolare, è stato suggerito di rendere meno rigido il modello di gestione delle misure di prevenzione in modo da ridurre il carico burocratico e favorire, al contempo, l'adozione del modello

soprattutto rispetto alle specificità settoriali. Per rendere più efficaci i controlli, è stato invece consigliato di facilitare l'integrazione tra le diverse banche dati in modo da rendere più agevole l'individuazione di situazioni di conflitto d'interesse. Tutto ciò richiede una revisione del PNA.

11.1.6 L'attività di vigilanza: alcuni casi emblematici

In base alle disposizioni vigenti, l'Autorità esercita la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure anticorruzione adottate dalle PA ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. f), e co. 3, della l. 190/2012 e dell'art. 19, co. 5, lett. a), del d.l. 90/2014. In via generale, l'attività di vigilanza va correlata alla *ratio* della legge 190, come dettagliata nel PNA dal quale emerge, chiaramente, la fondamentale distinzione tra la nozione di "prevenzione del rischio" da un lato e la nozione di "repressione della corruzione" dall'altro. Partendo da tale distinzione, il PTPC contempla un insieme di accorgimenti organizzativi finalizzati ad evitare il verificarsi di un dato evento dannoso, eventuale e futuro, ovvero a ridurre l'impatto che tale evento potrebbe avere sull'organizzazione. Come anche rappresentato nei paragrafi precedenti, il PTPC deve essere tale da creare un deterrente che, nel tempo, riduca la probabilità stessa di accadimento di eventi ascrivibili alla nozione, ampia, di corruzione fatta propria dal PNA. In proposito, il PNA chiarisce che le amministrazioni pubbliche e gli altri enti destinatari debbono introdurre ed implementare le misure che si configurano come obbligatorie (di cui all'allegato 2 al PNA), in quanto disciplinate direttamente dalla l. 190/2012 (art. 1, co. 16), nonché sviluppare misure ulteriori legate al particolare contesto di riferimento interno ed esterno.
L'attività di vigilanza dell'Autorità sull'attuazione di tali misure, quindi, attiene in prima battuta alla verifica dell'avvenuta previsione ed attuazione di presidi organizzativi idonei. Essa, dunque, può implicare una verifica complessiva sulle modalità con le quali l'amministrazione gestisce il rischio nell'area specifica alla quale va ricondotto l'evento segnalato. Ove detta verifica dia esito negativo - e, pertanto, l'attività istruttoria accerti la mancata previsione di presidi idonei ovvero la loro inefficace attuazione ovvero ancora comportamenti posti in essere in violazione di tali presidi - l'intervento dell'Autorità può variamente atteggiarsi a seconda dei poteri azionabili e dell'apprezzamento della distanza dalla legalità verificatasi nel caso concreto. Vi saranno, dunque, casi nei quali potrà esercitarsi il potere sanzionatorio di cui al citato art. 19, co. 5, e casi nei quali verrà in

rilievo l'esercizio del potere d'ordine *ex* art. 1, co. 3, della l. 190/2012, come disciplinato nella delibera n. 146 del 18 novembre 2014, di cui si parlerà nel paragrafo 11.4.

L'Autorità, per i profili anticorruzione, procede, dunque, ad una disamina completa e dettagliata dei piani di prevenzione adottati dalla singole amministrazione, al fine di vagliarne il grado di efficacia e attuazione in rapporto alla situazione specifica delle stesse.

Sempre in tema di PTPC, l'Autorità ha avviato, nel 2014, 16 procedimenti istruttori per casi configurabili come di omessa adozione del PTPC da parte del soggetto obbligato (art. 19, co. 5, della l. 190/2012). Al termine dell'istruttoria, così come regolata dal "Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, per l'omessa adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione, Piani triennali per la trasparenza e l'integrità, dei Codici di comportamento" è emerso che dieci amministrazioni hanno potuto dimostrare di aver adempiuto all'obbligo e pertanto il Consiglio dell'Autorità ha disposto l'archiviazione del procedimento. Per due amministrazioni, è stata invece notificata, nell'esercizio del potere di ordine, la diffida ad adottare i provvedimenti omessi, entro il termine di 60 giorni. Per i restanti quattro casi, l'istruttoria è ancora in corso.

L'attività di vigilanza dell'Autorità ha avuto impulso, oltre che dalle attività avviate d'ufficio illustrate nei paragrafi precedenti relative ai RPC e alle relazioni da essi prodotte, anche dalle segnalazioni pervenute da privati. In merito, nell'anno 2014 sono pervenuti all'Autorità 740 esposti, un numero sensibilmente crescente rispetto ai 300 arrivati nel primo anno di applicazione della l. 190/2012. L'incremento va letto alla luce del fatto che i più importanti decreti attuativi della legge 190 sono stati emanati solo nella prima metà dell'anno 2013. La maggior parte delle segnalazioni è stata inviata da privati, più che da amministrazioni o enti a cui si applica la legge 190. Le segnalazioni hanno riguardato prevalentemente nomine illegittime di RPC, conflitti d'interesse, nonché la mancanza nelle PA di strumenti della prevenzione della corruzione, soprattutto da parte degli enti di diritto privato in controllo pubblico di livello locale e, in misura residua, si riferiscono a presunte violazioni dei Codici di comportamento. Un numero elevato ha riguardato le inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi.

Il caso dell'Azienda ospedaliera Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta

Nel novero degli interventi di vigilanza e controllo possono citarsi l'attività di vigilanza d'ufficio disposta con riguardo all'Azienda ospedaliera di Caserta Sant'Anna e San Sebastiano, a seguito dei gravi fatti di rilievo penale ivi verificatisi. L'istruttoria, condotta congiuntamente da tutti gli uffici di vigilanza dell'Autorità e tuttora in corso, anche nelle aree relative ai contratti pubblici, ha condotto ad evidenziare carenze e lacune del PTPC, e ad affermare che quest'ultimo non deve tradursi in un mero adempimento burocratico o in una dichiarazione programmatica di intenti, ma condurre, come richiesto dal PNA, alla concreta attivazione di presidi efficaci.

Il caso del RPC del Comune di Roma

Numerosi sono, altresì, gli interventi volti a puntualizzare le funzioni e lo *status* del RPC, al fine di dettagliare il disposto di cui all'art. 1, co. 7, della l. 190/2012, assicurando che tale incarico venga attribuito ad un soggetto idoneo, in ragione della complessità e delicatezza dei compiti attribuitigli. Tra questi si segnalano le verifiche effettuate su importanti realtà amministrative oggetto di inchieste giudiziarie per fenomeni di corruzione. Può rammentarsi, al riguardo, la vicenda relativa alla nomina del RPC presso il Comune di Roma, in cui l'Autorità ha esaminato la legittimità del conferimento della funzione ad un soggetto non stabilmente incardinato presso l'Amministrazione e, più nello specifico, in posizione di comando ai sensi dell'art. 30, co. 2-*sexies*, del d.lgs. 165/2001 per un periodo di tempo *ab origine* limitato (un anno). L'Autorità ha chiarito, in proposito, che l'incarico di RPC conferito ad un soggetto in posizione di comando e per un periodo di tempo limitato, in una città metropolitana, provincia, comune, ovvero in una forma associata dei medesimi enti può essere affidato, ad un soggetto diverso dal segretario comunale, nei limiti in cui il provvedimento di attribuzione dell'incarico sia adeguatamente motivato sia sotto il profilo della scelta di individuare un soggetto esterno sia sotto il profilo del riconoscimento al soggetto incaricato della necessaria autonomia e indipendenza, rappresentando tale ipotesi una deroga ai disposti dell'art. 1, co. 7, della l. 190/2012 e al principio di stabilità che connota tale funzione (orientamento n. 9 del 25 marzo 2015).

Il caso Infrastrutture Lombarde S.p.A.

Un altro caso riguarda l'attività di vigilanza svolta in relazione agli episodi corruttivi che hanno interessato Infrastrutture Lombarde S.p.A. (nel seguito anche "ILSpa"). L'attività ha consentito di valutare le misure anticorruzione predisposte, con particolare riferimento alle procedure di appalto oggetto di indagine da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano. L'attività è partita dalla valutazione delle misure di prevenzione della corruzione predisposte e implementate dalla Regione Lombardia, in relazione all'attività di controllo esercitata nei confronti della Società ILSpa. Si è poi proceduto alla verifica ex post dell'applicazione, da parte della Regione e della Società ILSpa, di adeguate misure di prevenzione della corruzione (*ante* l. 190/2012) rispetto alle procedure di appalto che sono state oggetto di indagini penali da parte della Procura e alla verifica dell'adeguatezza delle nuove disposizioni di cui alla legge 190 nell'impedire i reati oggetto di indagine.

L'attività di vigilanza è stata basata, in gran parte, sull'analisi dei dati pubblicati sul sito istituzionale della Società che non sono risultati qualitativamente sufficienti a fornire un quadro esaustivo e coerente con l'attività istituzionale svolta. Nel momento in cui è stata avviata l'attività di vigilanza, ILSpa aveva adottato il Codice etico degli appalti regionali (2011) ad esclusione degli artt. 2 e 5, co. 1, lett. a). Sul sito era stato pubblicato solo il Codice etico della società *ex* d.lgs. 231/2001 e non risultava applicato il Patto di integrità in materia di contratti pubblici regionali, che sostituiva il precedente Codice etico. ILSpa non aveva individuato il RPC/RT e non era presente sul sito la composizione dell'organismo di vigilanza della società. Il mancato adeguamento del modello organizzativo alla l. 231/2001 e alle disposizioni contenute nella l. 190/2012 e meglio declinate nel PNA, non ha consentito di valutare quali misure di prevenzione siano state applicate a rischi specifici relativi a determinate procedure e, in particolare, quali misure di prevenzione siano state applicate ai processi relativi all'area di rischio sull'affidamento dei contratti pubblici.

Oltre al necessario aggiornamento del "modello 231", l'Autorità ha anche auspicato la riorganizzazione e l'effettiva implementazione del sistema regionale di controlli, in particolare nell'ottica di migliorare il coordinamento dei flussi informativi e il monitoraggio quali/quantitativo degli strumenti di programmazione strategica e formazione del *budget* delle società, in raccordo con gli indirizzi regionali.

11.1.7 La necessaria interlocuzione tra ANAC e RPC

I limiti fin qui riscontrati nella predisposizione, implementazione e monitoraggio dei PTPC richiedono, oltre ad aggiornamenti del PNA e a modifiche della disciplina vigente, una maggiore interlocuzione tra l'Autorità e i RPC. Da un lato, quindi, l'ANAC che interpreta il proprio ruolo di vigilanza in termini proattivi, propositivi e di collaborazione con le amministrazioni, è consapevole delle difficoltà che molte di esse incontrano nella redazione dei PTPC, ma soprattutto nell'attuazione di efficaci misure di prevenzione della corruzione. Dal canto degli RPC, è fenomeno noto, perché segnalato da loro stessi, la condizione di isolamento che soffrono all'interno delle amministrazioni, sia sotto il profilo dei rapporti con gli organi di indirizzo politico-amministrativo, spesso disattenti (se non ostili) rispetto alla definizione e all'attuazione di misure di riorganizzazione efficaci, sia sotto il profilo dei rapporti con la macchina amministrativa, a cominciare dalla dirigenza, gelosa delle proprie prerogative e poco propensa ad accettare misure di riorganizzazione dei procedimenti di propria competenza.

Nella prospettiva di rafforzare questa interlocuzione, fino alla costituzione di una vera e propria "rete nazionale dell'anticorruzione", l'ANAC organizza, il 14 luglio 2015, a Roma, la prima giornata nazionale del RPC nella quale si getteranno le basi della futura, più stretta interlocuzione e collaborazione, approfondendo, in specifici gruppi di lavoro, le tematiche dei rapporti tra RPC e organi dell'amministrazione (in particolare gli organi di indirizzo), dei poteri e delle responsabilità del RPC stesso, della costituzione della rete nazionale e degli strumenti di collaborazione con essa attivabili.

11.2 Le misure per assicurare l'imparzialità soggettiva del funzionario pubblico

Accanto alle misure organizzative di carattere oggettivo che riguardano l'amministrazione e il suo funzionamento, la l. 190/2012 attribuisce un grande rilievo alle misure volte a rafforzare l'imparzialità soggettiva dei pubblici funzionari, in attuazione dei principi costituzionali dell'art. 97 (nel quale l'imparzialità è tratto sia oggettivo che soggettivo dell'amministrazione), dell'art. 98 (il funzionario è «al servizio della Nazione», cioè dell'interesse generale) e, soprattutto, dell'art. 54, che esalta il profilo soggettivo ribadendo il dovere di chi svolge funzioni pubbliche di adempierle con «disciplina e onore».

L'idea di fondo è che l'adozione di misure "esterne" per il funzionario pubblico pur necessaria, non sia sufficiente; che occorra coinvolgere direttamente, e individualmente,

ogni singolo funzionario pubblico per indurlo sulla strada del corretto uso delle risorse pubbliche e dell'imparziale gestione e azione amministrativa.

Le misure toccano il funzionario pubblico in vario modo: prima che assuma la funzione (misure di *pre-employment*) - che mirano a prevenire l'accesso o la permanenza nella carica e nell'incarico pubblico di coloro che per varie cause la legge non ritenga adatti allo svolgimento imparziale della funzione -, durante lo svolgimento della carica o dell'incarico e dopo lo svolgimento della funzione (misure di *post-employment*).

11.2.1 Le misure di *pre-employment*

La l. 190/2012 si occupa del regime dell'accesso e della permanenza in carica sia per gli eletti negli organi di indirizzo politico per i quali ha delegato il Governo a riscrivere le regole delle incandidabilità per condanne penali definitive (relativamente a reati individuati come più gravi) o della sospensione dalla carica per condanne penali non definitive (delega attuata con il decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 (*Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190*)), sia per coloro cui sono conferiti incarichi amministrativi (intesi in senso ampio, che comprendono non solo la dirigenza amministrativa, ma le figure apicali e gli amministratori di enti pubblici e di enti di diritto privato in controllo pubblico), per i quali ha delegato il Governo a scrivere regole in gran parte nuove sul regime delle inconferibilità e delle incompatibilità (delega attuata con il d.lgs. 39/2013). L'ANAC, come si è visto nel capitolo 10, è destinataria di rilevanti poteri di vigilanza sul rispetto della disciplina di questo secondo decreto legislativo, che ha dovuto esercitare in presenza di non secondari limiti di una disciplina, che proprio per la sua forte innovatività sconta incertezze interpretative e applicative.

Dell'esperienza dell'ANAC in materia si darà conto di seguito in modo sintetico, anche al fine di individuare con chiarezza i limiti della normativa vigente e le ipotesi di sua correzione.

Molteplici sono stati gli interventi dell'ANAC su questioni attinenti la corretta applicazione del d.lgs. 39/2013. Di seguito si riportano gli interventi di maggiore rilevanza sul regime delle incompatibilità degli incarichi.

Le inconferibilità per condanna penale, anche non definitiva

Con riferimento all'inconferibilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la PA (art. 3 del decreto 39), con l'orientamento n. 54 del 3 luglio 2014 l'Autorità, richiamando anche delle pronunce della Corte Costituzionale, si è espressa nel senso di ritenere non rilevante la concessione della sospensione condizionale della pena in caso di condanna, anche non definitiva, per reati contro la PA, mentre, con l'orientamento n. 68 del 9 settembre 2014, si è sostenuto che il regime delle inconferibilità non può estendersi anche alle ipotesi di reati commessi nella forma del tentativo, rientrando nella discrezionalità del legislatore identificare ipotesi circoscritte relative ai soli reati consumati comportanti l'impossibilità di conferire allo stesso dipendente un incarico dirigenziale, ovvero lo svolgimento di una funzione dirigenziale.

Di particolare interesse è anche l'orientamento n. 71 del 9 settembre 2014, a parere del quale l'inconferibilità di cui all'art. 3 sussiste per l'incarico dirigenziale conferito prima del 4 maggio 2013, nel caso in cui nei confronti del destinatario di tale incarico sia stata emessa una sentenza, anche non definitiva di condanna, per uno dei reati previsti dal capo I del titolo II del *Codice penale*, anteriormente all'entrata in vigore della citata norma (4 maggio 2013). Tenendo conto di alcune pronunce del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale, viene evidenziato che la preclusione non rappresenta un effetto penale o una sanzione accessoria alla condanna, bensì un effetto di natura amministrativa che, in applicazione della disciplina generale dettata dall'art. 11 delle preleggi sull'efficacia della legge nel tempo, regola *naturaliter* le procedure amministrative che si dispieghino in un arco di tempo successivo.

L'Autorità, nel sancire il diverso tipo di responsabilità scaturente dal d.lgs. 39/2013 e da un eventuale accertamento disciplinare, con l'orientamento n. 92 del 7 ottobre 2014 ha sostenuto che la revoca dell'incarico dirigenziale, conseguente all'accertamento di una situazione di inconferibilità, *ex* art. 3 del d.lgs. 39/2013 non deve essere preceduta da un procedimento disciplinare, essendo tale profilo di responsabilità diverso e autonomo rispetto all'effetto di natura amministrativa previsto dal legislatore quale conseguenza della condanna per reati previsti dal capo I del titolo II del *Codice penale*.

Le inconferibilità/incompatibilità e i conflitti d'interesse in ambito sanitario

Con l'orientamento n. 81 del 7 ottobre 2014 si è stabilita l'insussistenza di una causa di inconferibilità o di incompatibilità nel caso di un dirigente medico di struttura complessa, che riveste la carica di presidente dell'Ordine dei medici della provincia o di presidente di un'associazione dotata di personalità giuridica di diritto privato. La decisione è stata motivata argomentando che il d.lgs. 39/2013 si applica ai soli incarichi di direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitario delle aziende sanitarie e che tali soggetti non possono essere annoverati nell'ambito degli enti pubblici o di diritto privato in controllo pubblico che svolgono funzioni di controllo, vigilanza o finanziamento del servizio sanitario nazionale/regionale né nell'ambito degli enti di diritto privato regolati o finanziati dal servizio sanitario regionale.

Sempre con riferimento al settore delle aziende sanitarie, l'Autorità si è nuovamente pronunciata sul tema più generale dell'ambito soggettivo di applicazione del decreto 39, con riferimento alle figure professionali interessate dalla disciplina del decreto. Con la delibera n. 58 del 15 luglio 2013, l'Autorità aveva affrontato il problema dell'interpretazione e dell'applicazione del d.lgs. 39/2013 al settore sanitario, facendo rientrare nel campo di applicazione della nuova disciplina i dirigenti di distretto, i direttori di dipartimento e di presidio e, in generale, i direttori di strutture complesse. La disciplina si riteneva non applicabile, invece, ai dirigenti di struttura semplice non inseriti in struttura complessa tranne il caso in cui, tenuto conto delle norme regolamentari e degli atti aziendali (art. 3, co. 1-*bis*, e art. 15, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (*Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*)), al dirigente di struttura semplice sia riconosciuta, anche se in misura minore, significativa autonomia gestionale e amministrativa.

Tuttavia, al fine di evitare ulteriori dubbi interpretativi e applicativi, l'Autorità ha adottato la delibera n. 149 del 22 dicembre 2014, interamente sostitutiva della delibera 58/2013. Con tale provvedimento, l'Autorità ha ritenuto applicabile il d.lgs. 39/2013 a tutte le strutture del servizio sanitario che erogano attività assistenziali volte a garantire la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo, ribadendo che nell'espressione "aziende sanitarie locali", si intendono ricomprese tutte le strutture preposte all'organizzazione e all'erogazione di servizi sanitari, incluse anche le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie e gli IRCCS.

L'Autorità ha stabilito, altresì, che le ipotesi di inconferibilità e di incompatibilità di incarichi presso le ASL, devono intendersi applicate solo con riferimento agli incarichi di direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitario, attesa la disciplina speciale dettata dal legislatore delegante all'art. 1, co. 49 e 50, della l. 190/2012, e dagli artt. 5, 8, 10 e 14, del d.lgs. 39/2013. Il superamento del precedente orientamento si è basato, in primo luogo, sul fatto che con la delibera n. 58/2013 venivano ad essere destinatari delle norme in materia di inconferibilità/incompatibilità anche alcune figure professionali diverse da quelle apicali, che seppur oggetto di potenziali ed effettivi conflitti d'interesse, non sono state individuate dal legislatore, né nella legge delega (legge 190), né nei decreti attuativi. In tal senso si è espresso, peraltro, il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5583/2014 secondo la quale, in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le PA e presso gli enti privati in controllo pubblico, ai sensi dell'art. 1, co. 49 e 50, della l. 190/2012, deve ritenersi che non sussista incompatibilità tra la qualifica di dirigente medico di una ASL e la carica di consigliere comunale.

In secondo luogo, l'Autorità ha evidenziato la difficoltà dell'attività di vigilanza sull'applicazione della normativa richiamata, in quanto per accertare la presunta sussistenza di una situazione di incompatibilità/inconferibilità sarebbe stato necessario analizzare, caso per caso, i singoli piani aziendali e i regolamenti di ogni realtà aziendale sanitaria, al fine di capire se le figure professionali interessate godessero o meno di una significativa autonomia gestionale e amministrativa.

Le incompatibilità negli ordini professionali

Riguardo ai profili di incompatibilità per gli ordini professionali, è stato affrontato il rapporto tra le cariche di natura elettiva e le funzioni pubbliche elettive ricoperte rispettivamente all'interno degli ordini professionali e negli organi costituzionali di rappresentanza politica dello Stato.

Con la delibera n. 8 del 21 gennaio 2015, l'Autorità ha stabilito, da un lato, l'insussistenza di situazioni di inconferibilità ai sensi del d.lgs. 39/2013 tra il mandato parlamentare e lo svolgimento di cariche di natura elettiva ricoperte all'interno degli ordini professionali, muovendo dalla constatazione che l'art. 6 di tale decreto non contempla la carica di parlamentare tra quelle che danno luogo ad inconferibilità di incarichi amministrativi; dall'altro, però, ha rilevato la sussistenza dell'incompatibilità tra l'incarico di

amministratore di ente pubblico, così come definito dalle disposizioni sopra citate, e la carica parlamentare, ai sensi dell' art. 11, co. 1, del d.lgs. 39/2013. L'accertamento e la contestazione delle incompatibilità tra due cariche può avvenire da parte dell'amministrazione che ha conferito l'incarico amministrativo, ovvero da parte della camera di appartenenza del parlamentare.

Sotto il primo profilo, l'art. 19 del richiamato d.lgs. 39/2013 disciplina il procedimento di accertamento e contestazione delle cause di incompatibilità. Tale procedimento, che comporta l'assegnazione del termine, previsto dalla legge, per esercitare l'opzione, è di competenza dell'amministrazione di appartenenza. L'ANAC è tenuta ad esercitare la vigilanza sul rispetto delle norme ivi previste da parte delle PA.

Sotto il secondo profilo, l'Autorità non può, evidentemente, sostituirsi alla camera di appartenenza del parlamentare.

L'ANAC, inoltre, interessata da una segnalazione relativa all'applicazione della citata delibera 8/2015, nell'accertare se la specifica posizione ricoperta all'interno degli organi elettivi degli ordini professionali e, in particolare, se l'incarico di presidente di tali ordini comportasse deleghe gestionali dirette, ha ritenuto fondata, nel caso posto alla sua attenzione, la sussistenza di una delega gestionale diretta, ai sensi del citato art. 1, co. 2, lett. l), del d.lgs. 39/2013, con conseguente configurazione della causa di incompatibilità di cui all'art. 11, co. 1, del d.lgs. 39/2013. L'Autorità ha, quindi, deliberato sulla sussistenza dell'incompatibilità a carico di uno dei presidenti di un ordine interprovinciale interessato con la carica di parlamentare, stabilendo altresì che un eventuale rinnovo delle cariche conferite agli altri soggetti coinvolti si sarebbe posto parimenti in contrasto con il d.lgs. 39/2013.

L'orientamento seguito dall'Autorità con la delibera 8/2015 non è stato confermato dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato della Repubblica. Quest'ultima, nella seduta del 31 marzo 2015, ha richiamato una prassi consolidata in ordine agli accertamenti affidati alla Giunta in materia di incompatibilità parlamentari, nel senso della separatezza dei giudizi riguardanti la convalida dei risultati elettorali (che investe l'esame di possibili questioni di incapacità elettorale o di ineleggibilità, oltreché di eventuali problematiche riguardanti le operazioni elettorali) e di quelli relativi alle incompatibilità (prassi, da ultimo ricordata nella seduta della Giunta del 26 giugno 2013). A parere di tale organo, le Camere, pertanto, esaminano di norma le cariche ricoperte dai

parlamentari dopo la convalida delle elezioni o comunque a prescindere da questa, poiché la compatibilità o meno di una carica con il mandato parlamentare non influisce in alcun modo sulla validità dell'elezione. Nella stessa seduta si è colta l'occasione per ricordare che l'art. 66 della Costituzione stabilisce che «Ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità». La citata disposizione configura un'autentica prerogativa costituzionale, per cui risulta escluso qualsiasi controllo alternativo, concorrente o successivo ad opera di qualsivoglia autorità giurisdizionale o amministrativa: pertanto, spetta esclusivamente all'organo parlamentare preposto - la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari - accertare l'assenza di cause ostative al mantenimento dell'ufficio parlamentare nei casi di ineleggibilità e di incompatibilità, secondo le norme attualmente vigenti.

È stato, altresì, sottolineato che, per il principio di leale collaborazione, è utile che la Giunta, nel rispetto della propria autonomia, si confronti con altri organismi, come ad esempio, l'ANAC che vigila sul rispetto delle norme previste per le PA, nell'ambito del procedimento di accertamento e contestazione delle cause di incompatibilità disciplinato dall'art. 19 del d.lgs. 39/2013.

Ad esito di un'ampia e approfondita discussione, la Giunta ha deliberato la compatibilità della carica di parlamentare con quella di presidente di un ordine o di un collegio professionale.

La vicenda può essere utile per giungere, con una chiara disposizione legislativa, a stabilire quale rapporto intercorra tra l'accertamento delle situazioni di incompatibilità svolto dalle amministrazioni di appartenenza (sul quale l'Autorità svolge funzioni consultive e di vigilanza) e l'accertamento compiuto dalla Camere di appartenenza del parlamentare.

La disciplina transitoria dell'art. 29-ter del d.l. 69/2013

Merita, poi, di essere evidenziato il fatto che la mancanza di una disciplina transitoria nel d.lgs. 39/2013 ha prodotto l'effetto della successiva introduzione di norme (l'art. 29-*ter* del d.lgs. 69/2013) che hanno evitato l'applicazione delle incompatibilità a tutti gli incarichi conferiti prima dell'entrata in vigore del decreto, fino alla loro scadenza. Sul punto, con l'orientamento n. 52 del 3 luglio 2014, l'Autorità ha stabilito, ad esempio, che non ricorre una causa di incompatibilità prevista dal d.lgs. 39/2013, tra un incarico dirigenziale (dirigente di un consorzio di bonifica) conferito prima dell'entrata in vigore del decreto (4

maggio 2013) e la carica di assessore comunale conferita successivamente all'entrata in vigore del medesimo, versando tale ipotesi in una fattispecie regolata dall'art. 29-*ter* della l. 98/2013. Sempre sull'argomento, l'Autorità è intervenuta nuovamente, in caso di rinnovo o proroga dell'incarico dirigenziale, stabilendo che ai sensi dell'art. 29-*ter* del d.l. 69/2013, gli incarichi di direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitario conferiti prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo citato non hanno effetto come causa di incompatibilità fino alla loro scadenza, mentre l'eventuale rinnovo o proroga determina l'incompatibilità (caso in cui viene rinnovato o prorogato un incarico di dirigente di struttura complessa).

Si segnala, inoltre, che con l'orientamento n. 77 del 23 settembre 2014 l'ANAC si è espressa per la sussistenza dell'ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 7, co. 2, lett. c), d.lgs. 39/2013, tra l'incarico di presidente e amministratore delegato del Gruppo europeo di interesse economico (GEIE), in quanto carica equiparata a quella di un amministratore di ente pubblico di livello comunale, con la carica di componente della giunta o del consiglio del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l'incarico.

Infine, nell'ambito dell'attività consultiva rientra l'intervento dell'Autorità nel giudizio di legittimità costituzionale relativo al d.lgs. 235/2012 in relazione al c.d. "caso De Magistris". Con l'ordinanza n. 4798/2014 del 30 ottobre 2014, il TAR Campania-Napoli ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 11, co. 1, lett. a), del d.lgs. 235/2012, in relazione all'art. 10, co. 1, lett. c), del medesimo decreto legislativo. Sul punto, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha chiesto all'ANAC, per le parti di competenza, l'invio di un dettagliato e motivato parere (pubblicato sul sito istituzionale). L'Autorità ha ritenuto opportuno l'intervento nel giudizio di legittimità costituzionale della Presidenza del Consiglio a tutela di strumenti di garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione, da applicarsi sia in presenza di sentenza definitiva per il compimento di reati di grave allarme sociale e di reati contro la PA, sia in presenza (per gli amministratori regionali e locali) di sentenza non definitiva. Si tratta, secondo l'Autorità, di misure del tutto conformi con il principio di libero accesso alle cariche pubbliche, nei limiti dei requisiti stabiliti dalla legge, con l'art. 54 della Costituzione che richiede a coloro che accedono a cariche pubbliche di esercitarle con disciplina ed onore e con l'art. 97, co. 1, che vuole le PA ispirate, tanto nell'organizzazione quanto nell'azione, al principio di imparzialità. Tutti questi principi, che sono al centro delle funzioni e dell'azione

dell'Autorità, sarebbero in buona misura compromessi se si riducesse la portata e l'efficacia delle misure volte a escludere dalle cariche pubbliche coloro che siano stati condannati per reati che la legge consideri pregiudizievoli della moralità e dell'imparzialità dell'amministrazione.

11.2.2 Le misure di *post-employment*: astensione e *pantouflage*

L'obbligo di astensione

La crescente attenzione prestata dal legislatore al valore dell'imparzialità in sede di espletamento dell'attività amministrativa è stata riassunta nella formulazione del novello art. 6-*bis* della l. 241/1990, così come introdotto dalla l. 190/2012, che giunge a configurare un generale dovere di astensione del pubblico funzionario in caso di conflitto di interesse, anche solo potenziale. Tale intervento normativo si colloca nel solco della progressiva valorizzazione del principio di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, come evincibile dall'art. 97 della Costituzione, ad opera della stessa giurisprudenza mediante l'applicazione in sede analogica, sia pure con le dovute cautele, dell'art. 51 del *Codice di procedura civile*. Trattasi, quindi, di un percorso per così dire virtuoso, che ha condotto ad una rinnovata consapevolezza del ruolo stesso del funzionario amministrativo, nel quadro di un ideale ravvicinamento tra funzione pubblica e funzione giurisdizionale.

Tale percorso ha portato poi il legislatore all'approvazione del Codice di comportamento, il cui art. 7 stabilisce che: «Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza».

Proprio la vigilanza sull'adozione e sul rispetto di quanto previsto dal Codice di comportamento da parte dei soggetti destinatari rappresenta, secondo quanto indicato nel PNA, una delle azioni principali per l'attuazione delle strategie di prevenzione della

corruzione a livello decentrato, volte a prevenire distorsioni nelle scelte individuali e conflitti di interesse.

In linea con quanto stabilito dal legislatore in materia, l'Autorità ha ribadito che, l'obbligo di astensione dei pubblici dipendenti, nel caso per l'appunto di un conflitto di interessi, rappresenta una regola di carattere generale che non ammette deroghe ed eccezioni (orientamento n. 95 del 7 ottobre 2014).

Di particolare interesse, per quanto attiene a situazioni specifiche, è l'orientamento n. 57 del 3 luglio 2014 sugli incarichi del comandante della polizia municipale. È stato stabilito che quest'ultimo non può svolgere funzioni di responsabilità nell'esercizio di servizi di un comune per i quali è necessario emettere provvedimenti autorizzativi o concessori oggetto di attività di controllo in virtù della sua principale qualifica, sussistendo un'ipotesi di conflitto di interesse, anche potenziale. Tuttavia, alla luce dei numerosi quesiti pervenuti in merito, l'Autorità sta valutando l'ipotesi di una riformulazione dell'orientamento.

I pareri in materia di attribuzione degli incarichi esterni

In materia di incarichi, l'Autorità ha ribadito che, come stabilito dal legislatore, in attesa di appositi regolamenti emanati su proposta del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art. 17, co. 2, della l. 400/1988, in ordine all'individuazione, secondo criteri differenziali in rapporto alle diverse qualifiche e ruoli professionali, trova applicazione l'art. 53, co. 6, del d.lgs. 165/2001 in materia di incompatibilità, cumulo degli impieghi e incarichi (orientamento n. 123 del 17 dicembre 2014).

È stato altresì affermato che quando esprime i pareri facoltativi, ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. e), della legge 190 in materia di autorizzazione, nell'ambito dell'esercizio di vigilanza e controllo, l'Autorità può rilevare d'ufficio ipotesi di conflitti di interessi, anche potenziali, comunicandole alle amministrazioni di appartenenza.

Il pantouflage

Sul fenomeno del *pantouflage* l'Autorità si è espressa con riferimento al divieto di assumere incarichi in enti privati per coloro che hanno esercitato poteri autoritativi e negoziali per conto di una PA sostenendo, nel caso in cui sussista un conflitto di interessi, anche potenziale, che l'obbligo di astensione dei pubblici dipendenti di cui all'art. 6-*bis*, della l. 241/1990 costituisce una regola di carattere generale che non ammette deroghe ed

eccezioni (orientamento 78 del 23 settembre 2014, confermato poi dal già citato orientamento 95/2014). In merito, l'Autorità ha anche precisato che il citato divieto sussiste nei confronti di un dipendente che ha esercitato, negli ultimi tre anni di servizio, poteri autoritativi o negoziali per conto della stessa PA, anche presso un settore di attività diverso ma comunque afferente alle attività precedentemente svolte, allorquando esercita un'attività professionale presso soggetti privati destinatari dei suddetti poteri (orientamento n. 65 del 29 luglio 2014).

Di particolare interesse, è il parere reso dell'Autorità sulla correttezza dell'operato dell'Avvocatura dello Stato, con particolare riferimento alle formule inserite all'interno dei contratti di affidamento di lavori, forniture e servizi e agli strumenti di verifica delle relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti dell'amministrazione (di cui all'art. 1, co. 9, lett. e), della l. 190/2012), e più in generale delle situazioni di conflitto di interesse anche potenziale. Sul punto, l'Autorità ha affermato la legittimità delle clausole inserite nei contratti stipulati dall'Avvocatura in ordine all'attestazione dell'assenza di situazioni di parentela e affinità o *pantouflage* (art. 1, co. 9, lett. e), e art. 53, co. 16-*ter*, del d.lgs. 165/2001, rimettendo alle funzioni svolte dal RPC la verifica dell'efficienza delle misure di cui al PTPC, all'interno del quale è contenuta quella diretta al monitoraggio dei rapporti fra PA e soggetti con i quali la stessa stipula contratti.

Da segnalare, inoltre, la questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità dall'Istituto per il Commercio Estero (ICE) di Berlino attiene all'applicazione dell'art. 53, comma 16-*ter*, del d.lgs. 165/2001 nell'ambito di procedure di affidamento di contratti pubblici da esperirsi in Paesi esteri. L'Autorità ha stabilito la legittimità delle disposizioni date dalla sede centrale dell'ICE - sulle quali verte la richiesta di parere formulata dallo stesso ICE di Berlino - in ordine all'introduzione nei bandi di gara della causa ostativa derivante dal citato co. 16-*ter*, anche nel caso in cui la procedura di gara si svolga in uno Stato diverso dall'Italia. Con la conseguenza che, ove i privati contraenti si rifiutino di rendere la relativa dichiarazione ai fini della partecipazione alla gara, gli stessi devono essere esclusi dalla procedura selettiva e non possono stipulare i relativi contratti. La legittimità dell'introduzione del principio di cui all'art. 53, co-16-*ter* è, altresì, rinvenibile nella rilevanza della disciplina di prevenzione della corruzione di cui alla l. 190/2012 che, essendo posta a tutela di esigenze comuni a tutte le amministrazioni ed essendo normativa

a tutela dell'ordine pubblico, non deve subire limitazioni solo perché non espressamente prevista dalla disciplina di un diverso paese europeo.

11.2.3 I Codici di comportamento dei funzionari pubblici

La regolazione dell'ANAC

La materia dei Codici di comportamento, come si è accennato nel capitolo 10, è distribuita tra il Ministro della Semplificazione e della Pubblica Amministrazione, che, assistito dal DFP, predispone il *Codice nazionale* (oggi approvato con il d.p.r. 62/2013) e l'ANAC, che svolge compiti di indirizzo e vigilanza sull'effettiva adozione e sui contenuti dei Codici di comportamento delle singole amministrazioni.

Nell'esercizio del suo potere di regolazione e indirizzo, l'Autorità (allora CIVIT/ANAC) ha emanato la delibera n. 75 del 24 ottobre 2013 con la quale sono approvate le Linee guida in materia di Codici di comportamento delle PA. La delibera costituisce ancora un valido punto di riferimento per le amministrazioni, perché in essa sono puntualmente indicati l'ambito soggettivo di applicazione dei Codici di comportamento, le competenze alla loro adozione, la procedura da seguire, i controlli che le amministrazioni devono svolgere, soprattutto sul versante delle procedure disciplinari, per il rispetto dei doveri di comportamento, i controlli dell'ANAC sull'effettiva adozione dei medesimi Codici e sulla loro qualità. Il potere di vigilanza, già rivendicato nella delibera con riferimento alla disciplina allora vigente, è da ritenersi oggi rafforzato dall'intervenuto potere sanzionatorio attribuito all'Autorità dal d.l. 90/2014, in caso di mancata adozione del Codice di comportamento (art. 19, co. 5).

In attuazione dell'art. 54, co. 5, del d.lgs. 165/2001 e della citata delibera 75/2013, l'Autorità - nel mese di aprile 2015 - ha avviato la consultazione pubblica sul proprio Codice di comportamento, al fine di acquisire ogni osservazione utile dai soggetti interessati, in particolare dalle organizzazioni sindacali e dal personale dell'Autorità.

I poteri di vigilanza e sanzionatorio

Come si è accennato nel paragrafo 11.1.6, la vigilanza esercitata dall'Autorità sull'effettiva adozione dei PTPC e dei PTTI si estende, automaticamente, all'adozione dei Codici di comportamento. Sia su segnalazione che d'ufficio allorché l'ANAC è chiamata a vigilare sul rispetto della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza,

essa provvede a verificare, per le amministrazioni interessate, che gli strumenti previsti dall'art. 19, co. 5, del d.l. 90/2014 siano effettivamente e correttamente adottati.
Ciò comporta anche l'esercizio del potere di ordine: l'Autorità può, quindi, ordinare, alle amministrazioni che abbiano adottato Codici di comportamento non conformi con la legge e con le *Linee guida* adottate con la delibera 75/2013, di modificarli, introducendo specifici doveri di comportamento.

11.3 L'emersione dei fenomeni corruttivi: la tutela del *whistleblower*

La l. 190/2012 attribuisce grande rilevanza al ruolo che possono svolgere, ai fini dell'emersione dei fenomeni di corruzione, le segnalazioni che provengano dall'interno delle PA da parte di dipendenti che siano venuti a conoscenza di fatti o vicende illecite.
L'Autorità si è occupata della materia sia in sede consultiva, adottando orientamenti interpretativi della nuova disciplina, sia approvando proprie linee guida.

Gli orientamenti dell'Autorità

Quanto ai compiti del RPC per la tutela del *whistleblower*, con l'orientamento n. 130 del 22 dicembre 2014, l'Autorità ha previsto che: «Il responsabile della prevenzione e della corruzione (RPC), oltre che curare la predisposizione di un'apposita sezione del PTPC in ordine alla gestione degli strumenti di tutela del *whistleblower*, è tenuto a svolgere l'attività istruttoria necessaria per accertare se le azioni discriminatorie subite dal segnalante siano riconducibili alle iniziative intraprese da quest'ultimo per denunciare presunte attività illecite del proprio datore di lavoro. Egli, altresì, ha il compito di segnalare al DPF le eventuali azioni discriminatorie e di trasmettere alla Procura della Repubblica eventuali fatti penalmente rilevanti, nonché all'apposito ufficio dell'amministrazione per avviare un eventuale procedimento disciplinare».
E proprio in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti, è stato altresì chiarito da parte dell'Autorità che: «L'art. 54 bis del d.lgs. n. 165/2001 si applica a tutti i pubblici dipendenti - ivi compresi quelli assunti con un contratto a tempo determinato - che segnalano condotte illecite di cui siano venuti a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro». Inoltre, il dipendente che, in ragione del rapporto di lavoro, sia venuto a conoscenza di condotte illecite, può effettuare la segnalazione di cui all'art. 54-*bis* del d.lgs. 165/2001 anche al RPC (orientamento n. 40 dell'11 giugno 2014). Sempre relativamente

alle segnalazioni inviate dal dipendente pubblico, si è affermato, con l'orientamento n. 41 dell'11 giugno 2014 che: «Il dipendente pubblico soddisfa l'obbligo di cui agli articoli 361 e 362 del *Codice penale*, con la segnalazione al proprio superiore in quelle organizzazioni di tipo gerarchico che vincolano all'informativa interna e nelle quali sono riservate soltanto ai livelli superiori i rapporti esterni (Cass. Pen. sez. VI, 11.10.1995, n. 11597)».

Quanto alla tutela dell'anonimato del dipendente che ha segnalato condotte illecite, ai sensi dell'art. 54-*bis* del d.lgs. 165/2001, essa deve essere affermata anche nei confronti dell'organo di vertice dell'amministrazione, salvo il caso in cui il segnalante presti il proprio consenso o nel caso in cui, nell'ambito del procedimento disciplinare avviato nei confronti del segnalato, la contestazione dell'addebito sia fondata in tutto o in parte sulla segnalazione medesima e la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato (orientamento n. 42 dell'11 giugno 2014).

Le linee guida dell'Autorità

L'art. 54-*bis* del d.lgs. 165/2001 prevede che il dipendente pubblico non possa essere sanzionato o discriminato a seguito della denuncia - presentata al superiore gerarchico o all'autorità giudiziaria o alla Corte dei Conti - e che sia assicurata la riservatezza della sua identità. La denuncia è, inoltre, sottratta all'accesso di cui alla l. 241/1990. La disciplina è stata, poi, integrata dal d.l. 90/2014 che, da un lato ha modificato (con l'art. 31) il testo dell'art. 54-*bis* introducendo l'ANAC quale soggetto destinatario delle segnalazioni, e dall'altro (con l'art. 19, co. 5) ha stabilito che l'Autorità possa ricevere notizie e segnalazioni di illeciti, anche nelle forme di cui all'art. 54-*bis* del d.lgs. 165/2001.

Con le linee guida, contenute nella determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, l'Autorità ha definito le procedure per la gestione delle segnalazioni che possono essere un utile riferimento per le PA. Nel rispetto delle consuete modalità di adozione degli atti di indirizzo, il documento è stato preventivamente posto in consultazione pubblica, al fine di acquisire osservazioni da parte dei soggetti interessati e delle quali si è tenuto conto nella elaborazione del testo finale.

I principi e criteri generali delineati dall'ANAC tengono conto del duplice obiettivo di favorire l'emersione dei fenomeni di corruzione, ampiamente intesa, e di garantire una protezione del dipendente pubblico che si espone in prima persona denunciando illeciti.

Con le linee guida, l'Autorità ha voluto promuovere l'applicazione di adeguati sistemi di *whistleblowing* presso tutte le PA, proponendosi di svolgere un ruolo guida nell'individuazione dei migliori sistemi di gestione delle segnalazioni, anche attraverso la descrizione delle procedure di cui l'Autorità stessa si sta dotando per la valutazione tanto delle segnalazioni provenienti dall'esterno quanto di quelle provenienti dall'interno.
Il documento fornisce indicazioni in ordine a vari aspetti, quali le misure che le PA devono approntare per tutelare la riservatezza dell'identità dei dipendenti che segnalano illeciti, l'ambito soggettivo di applicazione della normativa, l'oggetto della segnalazione. L'Autorità si propone di effettuare una verifica di impatto sulle linee guida decorsi 12 mesi dalla loro adozione, al fine di valutare l'efficacia delle indicazioni ivi proposte.

11.4 L'attività di regolazione

Tra le principali attività di regolazione svolte in materia di prevenzione della corruzione vanno segnalate, in particolare, l'adozione del Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio e la delibera 146/2014 sul potere d'ordine.

Il potere sanzionatorio

L'Autorità, rilevata la necessità - dopo l'entrata in vigore del d.l. 90/2014 - di disciplinare l'attuazione delle disposizioni di legge sullo svolgimento dei compiti ad essa demandati in materia di applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'art. 19, co. 5, ha deliberato - il 9 settembre del 2014 - l'approvazione di un Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'ANAC relativo alla fattispecie di l'omessa adozione dei PTPC, dei PTTI, dei Codici di comportamento.
La novità più rilevante del citato Regolamento sanzionatorio è rappresentata dalla definizione di "omessa adozione" dei provvedimenti, riportata all'art. 1, co. 1, lett. g). Nel merito, l'Autorità sembra aver inteso ribadire che occorre superare la logica dell'adempimento formale delle norme e, quindi, andare oltre la mera adozione degli strumenti previsti. È necessario che questi ultimi siano effettivamente frutto di una analisi del contesto nel quale l'amministrazione opera e contengano misure concrete appositamente tarate sull'amministrazione che le adotta. Nel dettaglio, il Regolamento sanzionatorio equipara all'omessa adozione della deliberazione dell'organo competente ad assumere i provvedimenti anche l'attuazione di provvedimenti "vuoti", ossia privi di

quegli elementi in grado di garantire l'effettività della disciplina in materia di anticorruzione e trasparenza. L'omessa adozione sostanziale degli strumenti può presentare tre forme: l'approvazione di provvedimenti puramente ricognitivi di misure vigenti in materia di prevenzione della corruzione, trasparenza e Codici di comportamento; l'approvazione di provvedimenti il cui contenuto riproduca - in modo integrale - analoghi provvedimenti adottati da altre amministrazioni e quindi privi di misure specifiche da approntare sulla base dell'analisi delle esigenze dell'amministrazione interessata; nonché, infine, l'approvazione di un provvedimento privo di misure per la prevenzione del rischio nei settori più esposti alla corruzione ovvero privo di misure concrete di attuazione degli obblighi di trasparenza o di un documento meramente riproduttivo del Codice di comportamento adottato con d.p.r. 62/2013.

Il potere di ordine

In considerazione dell'espressa attribuzione all'ANAC di un potere di ordinare alle amministrazioni l'adozione di atti e comportamenti volti al rispetto della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza (art. 1, co. 3, l. 190/2012), l'Autorità ha adottato la delibera 146/2014 in materia di esercizio del potere di ordine nel caso di mancata adozione di atti o provvedimenti richiesti dal PNA e dal PTPC, nonché dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa o nel caso di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati. L'Autorità ha precisato che il potere di ordine esprime pienamente la funzione di vigilanza dell'Autorità medesima e non ha contenuto sanzionatorio, ma è volto ad assicurare, in modo tempestivo, il rispetto della legge, con riferimento a specifici atti e comportamenti che la legge ha ritenuto particolarmente significativi ai fini della prevenzione della corruzione e della garanzia del principio di trasparenza.

In questa prospettiva, il potere attribuito all'ANAC può essere considerato come conformativo e dissuasivo: con esso l'amministrazione viene aiutata ad una rapida riconduzione alla legalità. Sul contenuto del potere si possono distinguere due grandi categorie di provvedimenti con i quali l'ANAC, in quanto titolare del relativo potere, può ordinare all'amministrazione destinataria l'adozione di atti o di specifici comportamenti.

Vi sono i casi in cui l'atto e il comportamento ordinato discenda da un obbligo già compiutamente definito dalla legge ed altri casi in cui la legge stessa predetermina, ma solo

parzialmente, atti e comportamenti cui siano tenute le amministrazioni. Nei due ultimi casi il grado di discrezionalità riconosciuto all'Autorità aumenta e con esso devono essere garantite - in misura crescente - adeguate garanzie procedimentali, sempre nella salvaguardia del principio di urgenza. Il provvedimento di ordine è rivolto all'amministrazione/ente pubblico/ente di diritto privato in quanto tale e prescinde dall'accertamento degli organi interni competenti all'adozione dell'atto o del provvedimento ordinato.

Poiché la legge non prevede specifiche forme di sanzione in caso di mancata ottemperanza al provvedimento di ordine dell'Autorità, l'unica forma sanzionatoria è di tipo reputazionale, costituita cioè dalla pubblicazione del provvedimento sul sito dell'ANAC e dell'amministrazione ai sensi del dell'art. 1, co. 3, della l. 190/2102.

L'assenza di una specifica sanzione costituisce una grave carenza della disciplina vigente, che l'Autorità ha segnalato al Parlamento e al Governo perché affianchino al potere di ordine conferito dalla legge 190 la previsione di efficaci sanzioni. Resta, ma separatamente dal procedimento di ordine, la possibilità di attivare sanzioni nei casi previsti dalla legge.

11.5 Fenomeni corruttivi e appalti pubblici: uno studio congiunto ANAC-ISTAT

Ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. c), l'ANAC analizza le cause e i fattori della corruzione e individua gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto. L'esigenza di migliorare la conoscenza quantitativa oltre che qualitativa del fenomeno corruttivo è indispensabile per la stessa attività di vigilanza e regolazione che l'Autorità è tenuta a svolgere. La corruzione è, notoriamente, un fenomeno complesso, difficile da definire e da misurare. Le metodologie di misurazione consolidate a livello internazionale hanno prodotto diverse tipologie di indicatori che, per loro stessa natura, danno della corruzione un quadro alquanto differenziato in termini di entità. La necessità di accrescere la conoscenza del fenomeno è, dunque, evidente a fronte dei limiti che caratterizzano le misure attualmente esistenti e della carenza delle fonti di informazione[53]. Proprio per questi motivi, l'ANAC nel corso del 2013 ha intrapreso, insieme con l'ISTAT, la progettazione di una rilevazione del fenomeno corruttivo focalizzata sul mercato degli appalti pubblici, data la rilevanza economica dello stesso, che potesse contare su un

[53] Si veda, in proposito, il Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012 disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità.

campione significativo per indagarne sia la percezione, sia l'esperienza diretta, disaggregate per ripartizione geografica. L'indagine è stata condotta nei mesi di giugno e luglio 2014 attraverso la somministrazione del questionario a un campione di 4.626 imprese[54], rappresentativo delle piccole e medio-grandi imprese italiane tra i tre e i 249 addetti operanti in settori più propensi a operare nel mercato dei contratti pubblici, comprese le imprese che non hanno mai partecipato (o che hanno smesso di partecipare) a procedure per l'aggiudicazione di un contratto pubblico (si tratta in totale 487.952 imprese). L'indagine ha avuto l'obiettivo di esplorare e individuare le problematiche relative alla partecipazione di imprese ad appalti pubblici, alla trasparenza e l'integrità delle PA appaltanti e delle procedure di affidamento, nonché alla presenza e alla diffusione di pratiche che possano alterare la competitività delle imprese in questo contesto. Si è inoltre inteso indagare le cause della mancata partecipazione al mercato dei contratti pubblici e misurare quanto esse siano legate all'opacità e irregolarità delle procedure di appalto.

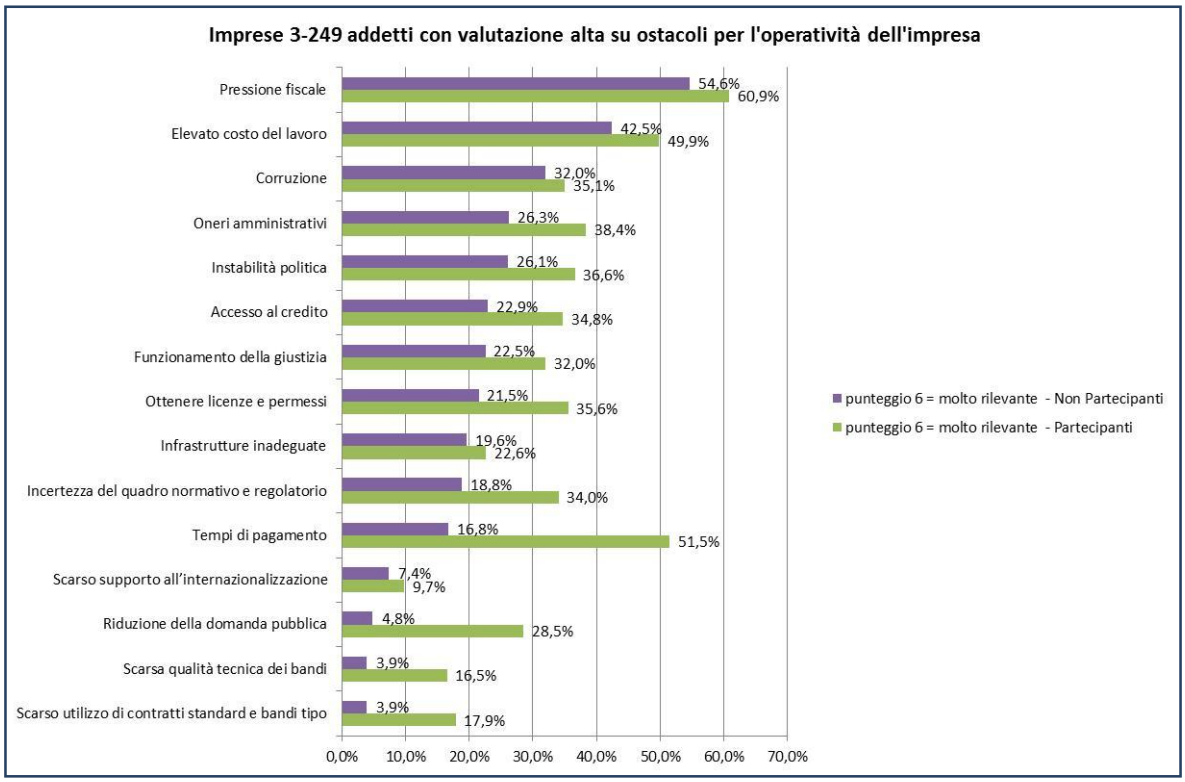
L'11,5% delle imprese intervistate, pari a una stima di 55.968 imprese, partecipa a procedure di affidamento. La maggior parte, invece, risulta non partecipare ad appalti perché produce beni o servizi ritenuti non di interesse per la PA (60,3%). Fatto 100 il numero delle imprese non partecipanti ma presenti in settori che potrebbero interessare le PA, la causa prevalente dell'esclusione sembra risiedere in ragioni economico-finanziarie, quali requisiti formali di partecipazione troppo stringenti (33,3%), esigenza di fissare prezzi poco remunerativi (31,1%), ritardo dei pagamenti (15,5%). Tuttavia, il 24% delle imprese indica nella mancanza di contatti diretti con le SA l'ostacolo principale alla propria operatività nel mercato pubblico e il 18,4% ritiene che le procedure non si svolgono in modo imparziale. Per un'impresa su dieci le problematiche sono legate alla mancata trasparenza e, in particolare, ad aspetti quali la scarsa accessibilità e chiarezza delle informazioni relative alle procedure. Le difficoltà correlate alla qualità e imparzialità degli appalti pubblici appaiono quali motivazioni più frequentemente riportate dalle imprese di maggiori dimensioni.

Coerentemente con questo quadro, mettendo la corruzione in relazione ad altri potenziali ostacoli all'attività imprenditoriale, essa non viene percepita come il principale impedimento, essendo le imprese più sensibili all'elevata pressione fiscale e al costo del

[54] A partire dalle risposte fornite dalle imprese del campione sono stati stimati i valori riportati all'intera popolazione di imprese di riferimento tramite appropriate procedure statistiche. I valori riportati nel seguito sono, pertanto, delle stime che riguardano le 487.952 imprese di riferimento realizzate a partire dal campione.

lavoro. Tuttavia, per le imprese non attive sul mercato dei contratti pubblici la corruzione rimane un impedimento maggiore posizionandosi al terzo posto nella graduatoria di quelle che la considerano un ostacolo molto rilevante, mentre per le imprese partecipanti scende al settimo posto, preceduta da altre difficoltà quali i tempi di pagamento, gli oneri amministrativi, l'instabilità politica e l'ottenimento di licenze e permessi.

Figura 11.1 *Domanda A7:* Quanto ritiene che ciascuno dei seguenti aspetti ostacoli l'operatività della sua impresa (una risposta per ogni riga con valori da 1 = per niente a 6=molto)?



Fonte: studio ANAC-ISTAT

Riguardo alla trasparenza e alla correttezza delle procedure di affidamento anche i giudizi espressi dalle imprese partecipanti al mercato dei contratti pubblici non sono del tutto lusinghieri (difficilmente superano un punteggio medio di quattro su un massimo di sei). Si ravvisano, quindi, margini di miglioramento in questo ambito, confermati anche dalle indicazioni provenienti dalle imprese in relazione all'efficacia di strumenti di trasparenza nella prevenzione della corruzione: il 23% delle imprese intervistate ritiene, infatti, molto efficace l'applicazione degli obblighi di trasparenza da parte delle SA. In generale, le imprese non forniscono giudizi molto positivi riguardo alla qualità delle informazioni contenute nei bandi, in termini di accessibilità, chiarezza, completezza delle stesse e adeguatezza del periodo per la presentazione delle offerte. Neppure riscontrano giudizi

sempre positivi i criteri di valutazione quando la scelta del contraente è basata sull'offerta economicamente più vantaggiosa: in particolare, emerge - da parte delle imprese - l'esigenza di adottare parametri maggiormente oggettivi nella valutazione di aspetti qualitativi dell'offerta.

Tra gli aspetti più qualificanti della ricerca vi è certamente la rilevazione dell'esperienza delle imprese in merito al fenomeno corruttivo. Con riferimento alle sole 55.968 imprese partecipanti a procedure, il 50% ha dichiarato che il capitolato di gara è sembrato appositamente predisposto per favorire uno specifico concorrente, il 43,3% ha avuto ragione di credere che i propri concorrenti abbiano influenzato le procedure in modo improprio, rispettivamente il 38,9 % e il 36,4% ritiene che un concorrente si sia aggiudicato il contratto pubblico grazie alla sollecitazione esterna di funzionari pubblici o di politici. Infine, un'impresa su tre dichiara che la propria operatività è stata influenzata da comportamenti non integerrimi da parte delle SA. L'esperienza delle imprese indica, dunque, in maniera inequivocabile l'esigenza di predisporre adeguate misure di prevenzione nelle fasi antecedenti la pubblicazione del bando di gara. Ciò vale a maggior ragione considerando che, se l'evento corruttivo ha luogo in fase di predisposizione del bando, eventuali controlli in fasi successive sulla correttezza formale delle procedure potrebbero non rilevare alcuna anomalia.

Gli indicatori esperienziali consentono di verificare una maggior diffusione del fenomeno nelle regioni meridionali, dove oltre il 60% delle imprese dichiara di aver modificato la propria operatività a seguito di scarsa integrità delle SA, e in alcuni settori particolari, quali quello dei servizi di informazione e comunicazione (ICT), dove - per quanto si tratti di un settore ristretto a cui afferiscono circa 1650 imprese - quasi all'80% delle imprese è sembrato che il capitolato di gara sia stato predisposto *ad hoc* per favorire un concorrente. Oltre la metà delle imprese operanti nel settore dell'ICT (tra il 56% e il 59%) ha avuto modo di ritenere che le imprese concorrenti abbiano influenzato le procedure in modo improprio o si siano avvalse della sollecitazione di funzionari o politici per aggiudicarsi un contratto pubblico. Per le imprese di questo settore, inoltre, la finalità più ricorrente nel commettere illeciti consiste nello spingere le amministrazioni all'acquisto di beni e servizi non necessari.

Considerando, invece, tutte le imprese che partecipano ad appalti, tra le modalità più probabili utilizzate da OE e funzionari pubblici, quando decidono di accordarsi per trarne

un vantaggio personale, figurano l'aggiudicazione del contratto con procedure negoziate al pari dell'ottenimento di criteri di valutazione a vantaggio dell'impresa. Ottenere i requisiti di qualificazione per partecipare ad un bando di particolare rilevanza e facilitare la spartizione della commessa tra imprese designate tramite la suddivisione in lotti, sono anch'esse tra i propositi maggiormente perseguiti.

Tra le imprese partecipanti alle procedure, l'atteggiamento di fronte a pratiche poco etiche è spesso passivo: il 34% di quelle intervistate dichiara che «la corruzione è parte del gioco» e, in caso di perdita di un contratto presumibilmente a causa di comportamenti non etici di SA o concorrenti, sostanzialmente non agirebbe in alcun modo.

Tra quelle che metterebbero in atto qualche tipo di reazione, nel 23,8% dei casi, l'impresa procederebbe con una richiesta di spiegazione formale e di accesso agli atti alla SA e nel 18,4% con un ricorso contro la SA stessa. Circa un'impresa su dieci avrebbe presentato una segnalazione all'allora AVCP[55], una su 20 si rivolgerebbe all'ANAC e solo il 7,7% adirebbe l'autorità giudiziaria o la Procura della Repubblica. In alcuni casi prevale, invece, un atteggiamento passivo che si traduce in rinuncia ad operare in futuro con la specifica SA che aveva indetto la procedura di affidamento (6,4%). Una piccola quota di imprese (1,2%) sostiene di adeguare la propria strategia alla cultura dell'area territoriale. L'assenza di reazione è più probabile soprattutto al sud e prevalentemente a causa dell'impossibilità di provare i fatti. Al crescere delle dimensioni dell'impresa, la capacità di reazione invece aumenta. Ciò conferma che in relazione al fenomeno vi è una certa assuefazione, ma anche reticenza ad esporsi e denunciare. Tuttavia, in questo quadro non incoraggiante, le imprese che hanno dichiarato di aver adottato politiche di prevenzione della corruzione al proprio interno, presentano una maggiore reattività e una più alta propensione a denunciare fatti illeciti. In tal senso è auspicabile un incremento della sensibilizzazione all'adozione di tali politiche e alla reale applicazione del modello organizzativo *ex* d.lgs. 231/2001, adottato solo dal 7,2% delle imprese partecipanti all'indagine. L'incentivazione all'attuazione di politiche di prevenzione sia nelle imprese, sia dal lato delle SA si presenta, dunque, come una modalità efficace per contrastare la corruzione.

Infine, tra gli strumenti più efficaci, le imprese indicano, oltre all'applicazione degli obblighi di trasparenza di cui si è fatto cenno, la presenza nei contratti di controlli sulla

[55] L'indagine è stata condotta prima della soppressione dell'AVCP e del passaggio delle relative funzioni all'ANAC.

qualità delle commesse e l'introduzione di automatismi nell'applicazione delle penali, nonché l'utilizzo di c.d. "*white list*" e di protocolli di legalità nei contratti.

11.6 Le azioni dell'ANAC in materia di formazione

Una leva importante per favorire lo sviluppo della cultura della legalità e per consentire all'Italia di migliorare l'attuale posizione (69-esimo posto) nella classifica mondiale per trasparenza e rispetto della legalità secondo l'ICP redatto da TI nel 2014, è costituita dalla formazione del personale delle PA.

A tale scopo, la l. 190/2012 prevede l'obbligo a carico delle PA di programmare iniziative formative, nonché di individuare il corrispondente personale da inserire nei relativi percorsi, ponendo tale onere in capo al RPC nell'ambito del PTPC.

L'ANAC in collaborazione con la SNA e con altri enti, ha intrapreso alcune azioni volte a rafforzare il proprio ruolo anche in virtù dell'acquisizione delle competenze esercitate dal DPF in materia di prevenzione della corruzione, prima che intervenisse il d.l. 90/2014. Queste vanno dal potenziamento della collaborazione con gli enti di formazione individuati dalla normativa all'avvio di cooperazione con altri istituti di formazione in modo da ampliare l'offerta formativa, dall'incremento della propria partecipazione a eventi seminariali e congressuali ad alta risonanza ad una maggiore presenza sul territorio attraverso il supporto alle strutture periferiche territoriali, nonché alla sensibilizzazione degli organi di Governo verso una maggiore attenzione alle risorse dedicate alla formazione settoriale.

Nel quadro giuridico di cooperazione per la formazione comune della PA, è stato stipulato nel mese di settembre 2014 un accordo quadro di collaborazione con la SNA. Nella tabella seguente si riassumono le iniziative formative organizzate nel corso del 2014.

Tabella 11.9 Attività formative tenute da SNA e ANAC nel 2014

Comparto	N. corsi/ seminari	Ore	Partecipanti (dirigenti, funzionari)	Stanziamento (euro)	Compartecipazione (euro)
Ministeri, agenzie, Presidenza del Consiglio dei Ministri e grandi enti	14	712	1.579	69.376	31.234
Province e regioni autonome	7	300	177		62.693
Aziende sanitarie	2	104	102		20.970
Università	1	56	55		3.272

Fonte: ANAC

Sempre nella stessa prospettiva, l'Autorità nel mese di ottobre 2014 ha stipulato un accordo con la SSM per lo svolgimento di attività di formazione, ricerca e studio inerenti il contrasto alla corruzione nelle PA. Nel quadro delle iniziative di formazione permanente della Scuola, nel periodo 27-29 aprile 2015, si è svolto il corso "Strategie di contrasto alla corruzione" che ha visto la partecipazione attiva del Presidente e dei Consiglieri dell'Autorità in qualità di relatori. Tra gli altri protocolli dedicati alle attività formative si segnalano l'accordo con l'Università di Napoli Federico II, stipulato nel mese di febbraio 2015, ed un protocollo, in fase di stipula, con la SNA, l'ANCI e l'Unione delle Province Italiane (UPI).

L'ANAC ha proceduto anche alla stipula di convenzioni con alcuni istituti universitari nazionali finalizzate allo svolgimento di tirocini formativi e di orientamento rivolti a studenti neolaureati e partecipanti a master. Lo scopo è quello di favorire la conoscenza e l'approfondimento delle attività istituzionali dell'ANAC, consentendo ai tirocinanti di integrare e mettere a frutto le conoscenze maturate nel proprio percorso di studio universitario tramite la partecipazione operativa alle attività lavorative. I progetti formativi riguarderanno i temi di interesse dell'Autorità e, in particolare, le materie della prevenzione della corruzione e della diffusione della cultura della trasparenza e della legalità nei diversi settori dell'agire amministrativo. Alla data di predisposizione della presente *Relazione* sono stati da poco selezionati cinque studenti che hanno risposto al bando pubblicato nel mese di febbraio 2015, relativo allo svolgimento presso la sede dell'ANAC di un progetto formativo della durata di sei mesi.

L'Autorità ha poi intrapreso rapporti di collaborazione con enti ed associazioni nazionali e internazionali indirizzati alla diffusione della cultura della legalità, quali sono, al momento, l'Associazione "Libera-Associazioni, nomi, numeri contro le mafie", il "Gruppo Abele" e "*Transparency International*", trattati nel capitolo 2, ed è attiva, inoltre, tramite la promozione di eventi seminariali, incontri, convegni, volti a coinvolgere i RPC, i RT, i referenti anticorruzione, gli organi di controllo (ad esempio OIV) e i direttori degli istituti scolastici.
Sempre in tema di formazione e cultura della legalità, particolarmente significativo è il contributo che l'Autorità fornisce nell'ambito del progetto nazionale "Articolo 9 della Costituzione", un'iniziativa promossa dal MIUR, dalla Fondazione Benetton "Studi Ricerche" e dal MIBAC, rivolta alle scuole secondarie di primo e secondo grado con lo scopo di sostenere l'insegnamento di "Cittadinanza e Costituzione" e di accrescere negli studenti la sensibilità per il valore della cultura.
L'ANAC ha fornito il proprio contributo alla diffusione della cultura della legalità nella comunità nazionale anche sotto altre forme, ad esempio, accreditandosi come ente del servizio civile nazionale allo scopo di selezionare ogni anno giovani, compresi tra i 18 e i 28 anni, per lo svolgimento di un'attività lavorativa della durata di 12 mesi.
Attualmente, è in corso di predisposizione il bando che prevede la selezione di quattro giovani che verranno impiegati a supporto del *team* istituto per la valutazione dei contenuti dei PTPC 2014.
Sulla base di un accordo di programma, stipulato nel mese di dicembre 2014 da ANAC, oltre che con il Ministero dell'Interno, con il Dipartimento della gioventù e del servizio civile nazionale (Presidenza del Consiglio dei Ministri) e il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, che interviene con l'azione "Garanzia Giovani" (iniziativa europea per l'occupazione dei giovani PON (*Programma Operativo Nazionale*)/IOG (*Iniziativa Occupazione Giovani*)), è in corso di definizione - da parte del Dipartimento addetto al servizio civile - un ulteriore bando rivolto a tutti gli enti, comuni, associazioni, ecc. per la presentazione di un progetto da svilupparsi nell'ambito delle iniziative di prevenzione della corruzione. Selezionato l'ente, in base al livello di coerenza del progetto alle linee guida ANAC, lo stesso organismo provvederà alla pubblicazione di un bando che prevede la selezione di sei volontari che verranno impiegati nel progetto vincitore.

Capitolo 12

La trasparenza

La trasparenza rappresenta un altro, fondamentale strumento di prevenzione della corruzione. In considerazione del fatto che il controllo diffuso da parte dei cittadini, consente di ridurre opacità e possibili aree di corruzione, si rivelano indispensabili sia gli obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali come previsti dal d.lgs. 33/2013, sia gli strumenti di attuazione primi fra tutti il PTTI e l'accesso civico.

L'Autorità è impegnata in tal senso sia attraverso l'esercizio di un potere regolatorio - espletato attraverso la produzione di linee guida, delibere ed atti in generale sull'ambito soggettivo di applicazione e sui contenuti degli obblighi - sia attraverso attività di vigilanza, ispettive, d'ordine e sanzionatorie.

Come già ampiamente rappresentato nel capitolo 11, la l. 190/2012 (art. 1, co. 2, lett. f) e co. 3), e il d.lgs. 33/2013 conferiscono all'Autorità funzioni di vigilanza in materia di trasparenza. In particolare, sia l'art. 1 della l. 190/2012 che l'art. 45 del d.l. 33/2013 attribuiscono all'ANAC il compito di controllare l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, esercitando poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni pubbliche. Tale potere è completato dal potere di ordinare l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dalla normativa vigente, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza.

In generale, l'attività dell'Autorità è orientata all'implementazione di un modello compiuto di trasparenza che, combinando gli obblighi imposti dalla legge con la possibilità di accesso integrato alle informazioni non pubblicate da parte dei cittadini - propria del modello *Freedom of Information Act* (FOIA) - consenta un'applicazione piena ed efficace del "concetto" di trasparenza, anche in concomitanza di un'ipotesi di correzione del d.lgs. 33/2013.

Rilevante in questo campo il documento comune approvato con il MEF nel dicembre 2014, già richiamato nel precedente capitolo 11. Tale documento ha manifestato la

volontà comune di ANAC e MEF di sottoporre gli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle PA alla disciplina della l. 190/2012 per quanto riguarda l'adozione di misure organizzative di prevenzione della corruzione e del d.lgs. 33/2013 per quanto riguarda gli obblighi di trasparenza.

12.1 L'attività di vigilanza

La vigilanza dell'Autorità in materia di trasparenza nel corso del 2014 è stata svolta d'ufficio, sulla base di apposite delibere di programmazione, quali la 71/2013, la 77/2013 e la delibera n. 148 del 3 dicembre 2014, e su un determinato campione di amministrazioni, nonché su segnalazione da parte di chiunque ne abbia avuto interesse, ivi incluse associazioni od organizzazioni rappresentative di interessi collettivi o diffusi.

12.1.1 La vigilanza d'ufficio

L'attività di vigilanza è stata svolta dall'Autorità attraverso la verifica dei siti istituzionali di un campione di amministrazioni, società ed enti, selezionati secondo criteri specificati in appositi documenti di carattere metodologico[56]. La verifica dei siti istituzionali ha riguardato non solo la mera pubblicazione dei dati previsti dal d.lgs. 33/2013 ma anche la qualità delle informazioni, con specifico riferimento alla loro completezza, aggiornamento e apertura del formato[57]. Il tema della qualità delle informazioni è espressamente previsto dall'art. 6 del d.lgs. 33/2013 laddove dispone che le PA devono garantire la qualità delle informazioni riportate nei siti istituzionali. In particolare, la completezza delle informazioni è stata intesa come capacità di rappresentare correttamente il fenomeno che si intende descrivere riportando tutte le informazioni richieste dalle disposizioni normative del d.lgs. 33/2013, con riferimento anche a eventuali uffici periferici delle amministrazioni ed enti, ovvero alle loro articolazioni organizzative.

---

[56] Si vedano, in proposito "Metodologia dell'attività di vigilanza e controllo dell'Autorità in relazione agli obblighi di pubblicazione di cui alla delibera n. 71 del 2013" e "Metodologia dell'attività di vigilanza e controllo dell'Autorità in relazione agli obblighi di pubblicazione di cui alla delibera n. 77 del 2013" disponibili nella sezione *Attività,* area *Atti dell'Autorità* del sito istituzionale dell'Autorità. Il campione di amministrazioni/società/enti non ha avuto la pretesa di essere statisticamente rappresentativo, bensì soltanto indicativo dell'universo di riferimento, ai fini della verifica del rispetto delle norme in materia di pubblicazione dei dati.

[57] I criteri di qualità della pubblicazione dei dati (completezza, aggiornamento, apertura del formato) sono illustrati nel dettaglio nell'allegato 2 alla delibera n. 50 del 4 luglio 2013.

In considerazione dell'elevato numero di soggetti tenuti a rispettare la normativa in materia di trasparenza, nonché della consistente quantità di dati oggetto di pubblicazione previsti dal d.lgs. 33/2013 e delle ridotte risorse di cui disponeva l'Autorità prima del riordino previsto dal d.l. 90/2014, per programmare al meglio l'attività di vigilanza, l'Autorità aveva adottato due delibere, la 71/2013 e la 77/2013, in cui sono state definite le modalità dell'attività di controllo e individuati, in particolare, due insiemi delimitati di obblighi di trasparenza, previsti nel d.lgs. 33/2013 e ritenuti particolarmente rilevanti sotto il profilo economico e sociale, da monitorare.

A seguito della confluenza nell'ANAC della soppressa AVCP il monitoraggio degli obblighi di trasparenza fin qui condotto potrà confluire nell'unificato piano annuale di vigilanza dell'Autorità del 2015. Ai fini della vigilanza per l'anno 2015 l'Autorità ha comunque adottato la delibera n. 148 del 3 dicembre 2014 in cui, in linea con le delibere 71 e 77/2013, sono stati indicati alcuni obblighi di trasparenza oggetto di verifica nel corso del 2015. A tal fine, sono state richieste agli OIV anche specifiche attestazioni sull'assolvimento dei suddetti obblighi di trasparenza, ai sensi dell'art. 14, co. 4, lett. g), del d.lgs. 150/2009.

12.1.1.1 La vigilanza in attuazione della delibera 71/2013

L'Autorità ha svolto una specifica attività di monitoraggio dei siti istituzionali sull'assolvimento degli obblighi di pubblicazione di cui al d.lgs. 33/2013, individuati dall'allegato 1 alla delibera, che includevano dati relativi ai pagamenti, alle società partecipate, alle tipologie di procedimento, ai servizi erogati (costi contabilizzati e tempi medi di erogazione) e all'accesso civico.

La verifica, avviata nel 2013 e proseguita nel corso del 2014, è stata condotta su 165 amministrazioni individuate per tipologia, come anche riportato nella tabella successiva.

Tabella 12.1 Amministrazioni oggetto di verifica nel periodo 2013-2014

Amministrazione	Numero
Ministeri	13
Enti pubblici nazionali di grandi dimensioni (CNR, Enea, INAIL, INFN, INPS, ISFOL, ISS, ISTAT)	8
Agenzie fiscali	3
Regioni e province autonome	21
Grandi comuni	15
ASL	Campione di n. 30 unità
Province	Campione di n. 20 unità
Università	Campione di n. 10 unità
Camere di commercio	Campione di n. 10 unità
Comuni per i quali è giunta all'Autorità una segnalazione per mancato assolvimento degli obblighi di trasparenza nel periodo 15 maggio-31 ottobre 2013	35
Totale	**165**

Fonte: ANAC

A partire dal 1 novembre 2013, sono stati pubblicati sul sito istituzionale dell'Autorità i primi 87 rapporti con gli esiti delle verifiche svolte su ministeri, enti pubblici nazionali di grandi dimensioni, regioni e province autonome, grandi comuni e ASL.

Sono stati predisposti anche i rimanenti 78 rapporti relativi ad agenzie fiscali, province, università, camere di commercio e comuni, per i quali è giunta all'Autorità una segnalazione per mancato assolvimento degli obblighi di trasparenza. Tali rapporti sono stati inviati alle amministrazioni.

In questa sede si riferisce in merito agli esiti dell'attività di vigilanza condotta nel 2014 sui siti istituzionali di ministeri, grandi comuni e ASL della quale si è data evidenza mediante pubblicazione dei rapporti di monitoraggio finali sul sito istituzionale dell'amministrazione nel corso del 2014.

Ministeri

L'attività di vigilanza è stata avviata nel 2013 pubblicando sul sito istituzionale, in data 24 dicembre 2013, i primi rapporti dedicati alla presentazione degli esiti delle verifiche condotte dall'ANAC.

Dopo aver acquisito ulteriori notizie dai ministeri sullo stato di pubblicazione dei dati previsti nella delibera 71/2013, l'Autorità ha svolto, nel mese di marzo 2014, un'ulteriore verifica sulla pubblicazione dei dati relativi ai pagamenti, alle società partecipate, alle tipologie di procedimento, all'accesso civico.

A conclusione della verifica, in data 24 aprile 2014, l'Autorità ha trasmesso una nuova nota ai ministeri nei cui siti venivano ancora riscontrate criticità sulla pubblicazione dei dati sopra indicati, con la richiesta di integrarne la pubblicazione entro il 15 maggio 2014.

Con la medesima nota, l'Autorità aveva precisato che avrebbe dato evidenza degli esiti della vigilanza svolta con la pubblicazione sul proprio sito di una sintetica indicazione delle carenze ancora eventualmente riscontrate e avrebbe segnalato alla Corte dei Conti e all'UPD dei singoli ministeri le eventuali inosservanze relative alla pubblicazione dei dati sulle società partecipate e sui pagamenti.

Tenuto conto delle note di risposta trasmesse dai ministeri nel termine indicato e di una ulteriore verifica sui siti effettuata dall'Autorità (periodo 16-21 maggio 2014), è stato riscontrato un tendenziale adeguamento della pubblicazione dei dati oggetto di verifica.

Tuttavia, alla data del 27 maggio 2014 permanevano, da parte di alcuni ministeri, criticità in termini di completezza della pubblicazione dei dati con riferimento alle tipologie di procedimento (dato non completo nel caso di sette ministeri) e alle società partecipate (dato non completo nel caso di due ministeri).

Nel periodo 19 novembre-18 dicembre 2014 l'Autorità ha condotto un'ulteriore sessione di vigilanza a seguito della trasmissione dei riscontri da parte dei ministeri, rilevando la completezza della pubblicazione dei dati da parte degli stessi, fatta eccezione per due soli casi di persistente non completezza dei dati relativi ai procedimenti. Gli esiti conclusivi delle verifiche svolte sui ministeri sono stati pubblicati ad aprile 2015 sul sito istituzionale dell'Autorità.

Grandi Comuni

L'attività di vigilanza è stata avviata nel 2013 pubblicando sul sito istituzionale, nel mese di marzo 2014, i rapporti dedicati alla presentazione degli esiti delle verifiche condotte.

Dopo aver acquisito dai comuni ulteriori notizie sullo stato di pubblicazione dei dati previsti nella delibera 71/2013, l'Autorità ha condotto nel mese di maggio 2014 un'ulteriore verifica sulla pubblicazione dei dati relativi ai pagamenti, alle società

partecipate, alle tipologie di procedimento, all'accesso civico, i cui esiti sono riportati nella tabella successiva.

Tabella 12.2 Delibera 71/2013: pubblicazione dei dati da parte dei grandi comuni (maggio 2014)

Tipologia di dati	Comuni che hanno pubblicato i dati (n.)	Comuni che hanno pubblicato dati completi (n.)
Pagamenti	13	11
Società partecipate	15	6
Tipologie di procedimento	13	4
Accesso civico	14	11

Fonte: ANAC

Dalla tabella 12.2 emerge un elevato livello di pubblicazione dei dati oggetto di verifica, sebbene il livello di completezza degli stessi sia limitato. A esibire un livello elevato di completezza delle informazioni sono, però, solo i dati relativi ai pagamenti e all'accesso civico. Molto basso è invece il grado di completezza delle informazioni relative a società partecipate e tipologie di procedimento.

A conclusione della verifica, in data 12 giugno 2014, l'Autorità ha trasmesso una nuova nota ad alcuni grandi comuni evidenziando la persistenza di criticità sulla pubblicazione dei dati sopra indicati e sollecitandone la tempestiva integrazione.

ASL

L'attività di vigilanza è stata avviata nel mese di dicembre 2013 con una prima verifica dei siti istituzionali di un campione di 30 ASL. Dopo aver acquisto le osservazioni delle aziende sanitarie in relazione agli esiti dell'attività di vigilanza, l'Autorità ha condotto una nuova verifica nel mese di maggio 2014 i cui esiti sono contenuti nei rapporti pubblicati sul sito istituzionale il 4 luglio 2014.

Gli esiti della seconda verifica sui siti istituzionali sono riportati nella tabella 12.3 da cui si evince il livello elevato di pubblicazione dei dati che però non raggiunge mai la totalità del campione.

Tabella 12.3 Delibera 71/2013: pubblicazione dei dati da parte delle ASL (maggio 2014)

Tipologia di dati	Aziende che hanno pubblicato i dati (n.)	Aziende che hanno pubblicato dati completi (n.)
Pagamenti	25	8
Società partecipate	25	19
Tipologie di procedimento	23	9
Servizi erogati	23	1
Accesso civico	26	22

Fonte: ANAC

Molto differenziati sono i livelli di completezza delle informazioni pubblicate. A fronte di dati pubblicati in modo completo dalla larga maggioranza delle ASL (accesso civico e società partecipate), vi è un dato - quale quello relativo ai servizi erogati - la cui pubblicazione è completa con riferimento a un solo caso. Basso è anche il livello di completezza dei dati relativi a pagamenti e tipologie di procedimento. Con riferimento ai procedimenti, in sette casi su nove i dati sono pubblicati in modo completo ma senza distinguere i procedimenti ad istanza di parte in un elenco apposito.

A conclusione della verifica, in data 10 giugno 2014, l'Autorità ha trasmesso una nuova nota alle ASL nei cui siti venivano ancora riscontrate criticità sulla pubblicazione dei dati sopra indicati, sollecitando la tempestiva integrazione dei dati mancanti.

12.1.1.2 La vigilanza in attuazione della delibera 77/2013

L'Autorità ha svolto una specifica attività di monitoraggio dei siti istituzionali sull'assolvimento di alcuni obblighi di pubblicazione individuati dall'allegato 1 alla delibera che includeva varie informazioni, tra cui erano ricomprese quelle relative ai PTPC, PTTI e Codice di comportamento, agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai consulenti e collaboratori, ai risultati del monitoraggio periodico concernente il rispetto dei tempi procedimentali e agli atti di concessione di vantaggi economici comunque denominati.

La verifica è stata condotta su 90 amministrazioni individuate per tipologia, come anche rappresentato nella tabella successiva.

Tabella 12.4 Amministrazioni oggetto di verifica nel I semestre 2014

Amministrazione	Numero
Ministeri	13
Enti pubblici nazionali di grandi dimensioni (CNR, ENEA, INAIL, INFN, INPS, ISFOL, ISS, ISTAT)	8
Giunte regionali e delle province autonome	21
Grandi comuni	15
ASL	Campione di n. 15 unità
Camere di commercio	Campione di n. 10 unità
Università	Campione di n. 8 unità
Totale	**90**

Fonte: ANAC

Alla verifica sui siti istituzionali è seguita, per ministeri, giunte regionali e province autonome, grandi comuni ed ASL, la predisposizione di un rapporto di monitoraggio inviato alle amministrazioni con richiesta di riscontro sulle inosservanze segnalate. Nel caso di giunte regionali e delle province autonome, grandi comuni ed enti pubblici nazionali di grandi dimensioni, a fronte delle risposte ricevute dalle amministrazioni, i rapporti sono stati integrati e pubblicati sul sito dell'Autorità.

In questa sede si riferisce degli esiti dell'attività di vigilanza contenuti nei rapporti di monitoraggio pubblicati nel sito.

Grandi Comuni

Nella tabella 12.5 sono riportati gli esiti della vigilanza che è stata condotta in due sessioni svoltesi, rispettivamente, nei mesi di marzo e maggio 2014.

Tabella 12.5 Pubblicazione dei dati da parte dei grandi comuni (maggio 2014)

Tipologia di dati	Comuni che hanno pubblicato i dati (n.)	Comuni che hanno pubblicato dati completi (n.)
Documenti di programmazione (PTPC, PTTI, Codici di comportamento)	15	13
Organi indirizzo politico-amministrativo	15	1
Consulenti e collaboratori	15	1
Monitoraggio tempi procedimenti	9	1
Concessione di vantaggi economici	14	9
Patrimonio immobiliare	13	6
Canoni di locazione	13	4
RPC e RT	14	14
Pianificazione e governo territorio	13	9

Fonte: ANAC

Una prima evidenza che emerge dalla tabella è il raggiungimento di livelli di pubblicazione elevati da parte dei grandi comuni con riferimento a tutte le tipologie di dati, fatta eccezione per i risultati del monitoraggio dei tempi procedimentali che sono pubblicati da meno dei due terzi degli enti oggetto di verifica.

Molto differenziato è invece il grado di completezza delle informazioni pubblicate sui siti istituzionali. Livelli elevati di completezza sono raggiunti solo dai dati relativi al sistema di prevenzione della corruzione e trasparenza (documenti di programmazione e responsabili) che però, alla data della verifica, non sono ancora pari alla totalità degli enti oggetto di approfondimento nonostante sia trascorso un lasso di tempo significativo dall'approvazione della l. 190/2012. Si attestano su un livello medio di completezza i dati pubblicati con riferimento agli atti di concessione di vantaggi economici comunque denominati e quelli specifici degli enti locali relativi alla pianificazione e al governo del territorio. È invece basso il livello di completezza delle informazioni relative al patrimonio immobiliare e ai canoni di locazione. Infine, è estremamente basso il livello di completezza dei dati relativi a organi di indirizzo politico-amministrativo, consulenti e collaboratori e risultati del monitoraggio dei tempi procedimentali.

A conclusione della verifica, in data 12 giugno 2014, l'Autorità ha trasmesso una nuova nota ai grandi comuni nei cui siti venivano ancora riscontrate criticità sulla pubblicazione dei dati sopra indicati, con la richiesta di integrarne tempestivamente la pubblicazione.

Giunte regionali e delle province autonome

Nella tabella 12.6 sono riportati gli esiti della vigilanza che è stata condotta in due sessioni svoltesi, rispettivamente, nei mesi di aprile e agosto 2014.

Tabella 12.6 Pubblicazione dei dati da parte delle giunte regionali e delle province autonome (agosto 2014)

Tipologia di dati	Giunte che hanno pubblicato i dati (n.)	Giunte che hanno pubblicato dati completi (n.)
Documenti di programmazione (PTPC, PTTI, Codici di comportamento)	21	18
Organi indirizzo politico-amministrativo	21	4
Consulenti e collaboratori	21	3
Monitoraggio tempi procedimenti	7	3
Concessione di vantaggi economici	20	14
Patrimonio immobiliare	20	13
Canoni di locazione	20	9
RPC e RT	20	19
Rendiconti gruppi consiliari	15	15

Fonte: ANAC

Dalla lettura della tabella emerge un livello di pubblicazione molto alto con riferimento alla larga maggioranza dei dati oggetto di verifica. L'unico dato che è stato pubblicato da meno dalla metà delle giunte regionali e delle province autonome è quello relativo agli esiti del monitoraggio dei tempi procedimentali.

Per quanto concerne il grado di completezza delle informazioni pubblicate, esso varia in relazione alla tipologia di dato. Sono molto elevati i livelli di completezza delle informazioni relative al sistema di prevenzione della corruzione e della trasparenza, anche se tre giunte, alla data della verifica, non hanno pubblicato il PTTI. Molto elevato è anche il grado di completezza di dati specifici delle amministrazioni regionali quali rendiconti dei gruppi consiliari ed elenco delle strutture sanitarie private accreditate. Per una minoranza di giunte regionali e delle province autonome non risulta pubblicata alcuna informazione (nel caso dei rendiconti) oppure risultano informazioni non complete (nel caso delle strutture sanitarie private accreditate) rispetto a obblighi che sono specifici del livello di governo regionale. Oltre la metà delle giunte regionali e delle province autonome ha

pubblicato dati completi con riferimento ad atti di concessione di vantaggi economici, comunque denominati, al patrimonio immobiliare mentre la completezza scende sotto la metà delle giunte con riferimento ai canoni di locazione. Infine, emerge il contrasto tra l'alto livello di pubblicazione e il basso livello di completezza delle informazioni relative agli organi di indirizzo politico-amministrativo e ai consulenti e collaboratori.

A conclusione della verifica, tra il 24 e il 27 ottobre 2014, l'Autorità ha trasmesso una nuova nota alle giunte regionali e delle province autonome nei cui siti venivano ancora riscontrate criticità sulla pubblicazione dei dati sopra indicati, con la richiesta di integrarne la pubblicazione entro il 30 novembre 2014.

Enti pubblici nazionali di grandi dimensioni

Nella tabella 12.7 sono riportati gli esiti della vigilanza che è stata condotta in due sessioni svoltesi, rispettivamente, nei mesi di maggio e dicembre 2014 su un campione di otto enti pubblici di grandi dimensioni.

Tabella 12.7 Pubblicazione dei dati da parte degli enti pubblici nazionali di grandi dimensioni (dicembre 2014)

Tipologia di dati	Enti che hanno pubblicato i dati (n.)	Enti che hanno pubblicato dati completi (n.)
Documenti di programmazione (PTPC, PTTI, Codici di comportamento)	8	4
Organi indirizzo politico-amministrativo	7	3
Consulenti e collaboratori	8	0
Monitoraggio tempi procedimenti	3	0
Concessione di vantaggi economici	6	4
Patrimonio immobiliare	8	4
Canoni di locazione	8	4
RPC e RT	8	8

Fonte: ANAC

Tutti gli enti pubblici nazionali di grandi dimensioni hanno pubblicato la maggior parte dei dati oggetto di verifica. È basso il livello di pubblicazione dei dati sul monitoraggio dei tempi procedimentali i quali sono pubblicati solo da una minoranza di enti pubblici nazionali di grandi dimensioni.

Passando ad esaminare il grado di completezza delle informazioni pubblicate, la qualità dei dati risulta essere ancora largamente insoddisfacente. Basti pensare che l'unico dato pubblicato sempre in modo completo è quello relativo al RPC e al RT. Negli altri casi il livello di completezza non supera mai la metà degli enti oggetto di verifica. È questo anche il caso dei documenti di programmazione in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza. In particolare, il Codice di comportamento è stato pubblicato solo da quattro enti pubblici nazionali di grandi dimensioni. Spicca il dato su consulenti e collaboratori che non è stato pubblicato in modo completo da alcun ente a fronte di un livello di pubblicazione che raggiunge la totalità degli enti oggetto di verifica.

Alcune prime risultanze

Dagli esiti complessivi dell'attività di vigilanza svolta nel corso dell'anno 2014, emerge una sostanziale continuità delle tendenze rilevate dalle verifiche svolte negli anni precedenti riguardo ai ritardi della trasparenza.

A migliorare rispetto alle rilevazioni precedenti è stato solo il livello di pubblicazione dei dati, ormai prossimo alla totalità delle amministrazioni con riferimento alla larga maggioranza degli obblighi di trasparenza selezionati dalle delibere 71/2013 e 77/2013. Tale tendenza non si riscontra per i dati relativi ai risultati del monitoraggio dei tempi procedimentali, i quali si contraddistinguono ancora per un basso livello di pubblicazione a prescindere dalla tipologia di amministrazioni e nonostante il monitoraggio periodico dei tempi procedimentali sia stato individuato direttamente dalla stessa l. 190/2012 (art. 1, co. 28), tra le misure che possono contribuire a prevenire fenomeni di mala gestione propedeutici o funzionali a episodi corruttivi.

Se il livello di pubblicazione dei dati è ormai elevato con riferimento alla larga maggioranza degli obblighi di trasparenza monitorati, persiste invece la limitata attenzione alla qualità dei dati pubblicati specie in termini di completezza delle informazioni. Sono pubblicati in modo completo, a prescindere dalla tipologia di amministrazione, sono solo i dati relativi al sistema di trasparenza e prevenzione della corruzione (documenti di programmazione, responsabili e accesso civico): larga parte delle amministrazioni li pubblica in coerenza alle previsioni normative anche se, a due anni dall'entrata in vigore della legge 190, il livello di completezza non è ancora esaustivo con riferimento, in particolare, ai documenti di programmazione (PTPC, PTTI e Codici di comportamento).

Un andamento differenziato ha caratterizzato i dati relativi ai pagamenti e alle società partecipate, che sono pubblicati con un buon livello di completezza delle informazioni solo in specifiche tipologie di amministrazioni (grandi comuni per i pagamenti e ASL per le società partecipate). Gli altri dati oggetto di verifica, nel complesso, non esibiscono grandi scostamenti tra le diverse tipologie di amministrazione quanto alla completezza delle informazioni.

È sempre inferiore alla metà delle amministrazioni monitorate il livello di completezza delle informazioni sulle tipologie di procedimento, a conferma anche di quanto già evidenziato sul basso livello di pubblicazione dei dati sul monitoraggio periodico dei tempi procedimentali. Nonostante la legge sul procedimento amministrativo (l. 241/1990) sia in vigore da un quarto di secolo, permane una certa difficoltà delle amministrazioni a mappare i procedimenti di propria spettanza. La limitata conoscenza complessiva che le amministrazioni hanno delle attività che devono svolgere, nonché dei tempi di valutazione delle stesse, si traduce nell'incapacità di pubblicare i dati che è indice dell'esistenza di larghi margini di miglioramento per la prevenzione di fenomeni di *maladministration*, preludio di fenomeni corruttivi. Si consideri, in proposito, proprio il monitoraggio periodico del rispetto dei tempi procedimentali previsto direttamente dall'art. 1, co. 28, della l. 190/2012, funzionale all'eliminazione tempestiva di anomalie che possono costituire una condizione per instaurare pratiche corruttive.

Appare, invece, buona la capacità delle amministrazioni di raccogliere e pubblicare in modo completo i dati relativi alla propria specificità istituzionale. Sono, infatti, superiori alla media i livelli di completezza delle informazioni relative a pianificazione e governo del territorio (grandi comuni), rendiconti dei gruppi consiliari ed elenco delle strutture sanitarie private accreditate (giunte regionali e delle province autonome). È buono anche il livello di completezza della pubblicazione degli atti di concessione di vantaggi economici comunque denominati. In questo caso la pubblicazione delle informazioni in modo completo è stata incentivata probabilmente dalle previsioni normative che prevedono detta pubblicazione come condizione di efficacia degli atti il cui importo sia superiore ai 1.000 euro.

L'incentivo della pubblicazione come condizione di efficacia non ha però prodotto risultati con riguardo ai dati su consulenti e collaboratori che denotano una pronunciata differenza tra il livello elevato di pubblicazione (pari al 100% nelle tre tipologie di

amministrazioni oggetto di monitoraggio) e il livello particolarmente basso di completezza delle informazioni (solo un grande comune e tre regioni hanno pubblicato informazioni complete). Analoga differenza contraddistingue la pubblicazione dei dati sugli organi di indirizzo politico-amministrativo. In questo caso l'atteggiamento delle amministrazioni ha fatto rilevare persistenti criticità attuative dovute a cause diverse. A non essere efficace è stato, con tutta probabilità, anche il deterrente costituito dal procedimento sanzionatorio di cui all'art. 47, del d.lgs. 33/2013 attivato in un numero molto limitato di casi. Sul punto sussistono anche difficoltà interpretative della norma che, come si vedrà, hanno dato luogo ad un intervento regolatorio dell'Autorità (delibera n. 10 del 21 gennaio 2015) e ad un atto di segnalazione al Governo e al Parlamento.

12.1.1.3 La vigilanza sugli obblighi in materia di contratti pubblici

Ai sensi dell'art. 1, co. 32, della l. 190/2012, la trasparenza dell'attività amministrativa inerente i procedimenti di scelta del contraente, deve essere garantita dalle SA coniugando due distinte modalità del medesimo adempimento:

a) mediante la pubblicazione, nei propri siti web istituzionali, di uno specifico *set* di informazioni previsto dalla medesima norma;
b) mediante la trasmissione all'Autorità, con cadenza annuale e secondo le modalità dalla stessa indicate, di tabelle riassuntive, recanti le informazioni rilevanti (di fatto coincidenti con quelle da pubblicare nei propri siti, e cioè: struttura proponente, oggetto del bando, elenco degli operatori invitati a presentare offerte, aggiudicatario, importo di aggiudicazione, tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura, importo delle somme liquidate).

Alla luce del complesso *iter* normativo, iniziato con l'entrata in vigore della l. 190/2012 e terminato con l'adozione del d.lgs. 33/2013, la prima delle scadenze annuali si è collocata al 31 gennaio 2014, con riguardo a tutte le procedure di scelta del contraente indette nell'arco temporale compreso tra il 1 dicembre 2012 ed il 31 dicembre 2013.

Ai fini della trasmissione dei dati in tabelle riassuntive annuali, l'Autorità ha fornito, con la deliberazione n. 26 del 22 maggio 2013 (e contestuale Comunicato del Presidente in pari data), nonché con il successivo Comunicato del Presidente del 13 giugno 2013, le specifiche del *set* di dati richiesto dalla norma e del relativo formato, chiarendo altresì che - in sede di prima applicazione - l'adempimento riguardante la trasmissione delle

informazioni alla soppressa AVCP si sarebbe configurato tramite l'invio di una comunicazione attestante l'avvenuta ottemperanza agli obblighi di cui al citato art. 1.

I valori rilevati a conclusione della verifica automatizzata hanno fatto emergere un quadro non incoraggiante. Nel 60% dei casi, infatti, non è stato possibile acquisire le informazioni prescritte dalla legge mediante l'utilizzo della procedura automatizzata implementata a tale scopo, per errori/inadempimenti di carattere formale, riconducibili, sostanzialmente alle prime tre casistiche/forme di controllo individuate: (1) "mancata o totalmente errata comunicazione degli estremi di pubblicazione", (2) "errata comunicazione degli estremi di pubblicazione sul sito istituzionale", (3) "dati non reperibili o pubblicazioni sul sito istituzionale non in formato XML". Di conseguenza, le verifiche "sostanziali" relative a congruità, veridicità e completezza dei dati pubblicati, mediante il confronto con le informazioni già presenti nella BDNCP, hanno riguardato un campione estremamente ridotto di SA e, cioè, solo quelle per le quali si è potuto preventivamente verificare l'avvenuta pubblicazione/comunicazione dei dati previsti dalla legge.

In ogni caso, per verificare la presenza dell'avvenuta pubblicazione delle tabelle riassuntive relative agli affidamenti per il periodo di riferimento e, quindi acquisire le stesse, ai fini delle elaborazioni previste dalla legge 190, si è reso necessario svolgere un'attività istruttoria *ad hoc*, che è stata effettuata a campione, mediante l'accesso diretto alle pagine web delle SA.

Con riguardo, ad esempio alla casistica (1) di "mancata comunicazione all'Autorità degli estremi di pubblicazione dei dati" (l'ipotesi apparentemente più grave di inadempimento), le verifiche si sono concentrate su un campione ritenuto significativo, costituito dalle prime 115 SA, ordinate in base al maggior numero di CIG o SmartCIG acquisiti.

Nella stragrande maggioranza dei casi[58], all'interno del sito web istituzionale delle amministrazioni costituenti il campione, è stata riscontrata l'esistenza della sezione "Amministrazione trasparente" e della sottosezione "Bandi di gara e contratti", con *link* alle tabelle dei dati (frequentemente in formato XML e recanti, talora, una data di pubblicazione contenuta nel termine del 31 gennaio).

[58] In particolare, nel 70,43% dei casi è stata rilevata la presenza dei dati (correttamente collocati sul sito web) espressi, peraltro, nell'idoneo formato XML in poco più della metà dei casi (50,43%).

In considerazione delle problematiche riscontrate nella verifica degli adempimenti di pubblicazione/trasmissione relativi al 2013, per le comunicazioni riferite al 2014[59], il processo è stato costantemente monitorato e a febbraio 2015 si contavano oltre 18.000 comunicazioni formalmente valide.

In merito, occorre comunque segnalare che gli obblighi di comunicazione previsti dal citato co. 32 si sovrappongono in parte a quelli già previsti dalla normativa sui contratti pubblici. Come è noto, infatti, l'Autorità acquisisce già, per le finalità di cui all'art. 7 del Codice dei contratti pubblici, parte dei dati, ma non l'intero *set* previsto dalla l. 190/2012, ed in particolare l'identità dei partecipanti alla gara. Benché si stiano valutando ipotesi di ottimizzazione della procedura in uso, non può nascondersi l'esigenza di un maggior raccordo nella definizione degli obblighi informativi "a monte", al fine di "sfruttare" i canali informativi già operanti nel sistema (quelli del citato art. 7 del Codice) e di ridurre gli oneri per il sistema nel suo complesso. Peraltro, il nuovo disegno di legge anticorruzione appena approvato ha portato a sei mesi, in luogo di un anno, la frequenza con cui le SA sono tenute a trasmettere le informazioni all'Autorità.

In merito, come anche rappresentato dal Presidente dell'Autorità in occasione dell'audizione proprio sul disegno di legge anticorruzione da poco approvato, per la quale si rimanda al capitolo 2, sussiste una grande difficoltà soprattutto per le piccole amministrazioni ad adempiere agli obblighi di pubblicità e trasparenza imposti dal decreto 33, in parte dovuta all'entrata in vigore della legge in tempi rapidissimi.

L'aumento della frequenza delle comunicazione non potrà che aumentare ulteriormente le difficoltà delle amministrazioni.

12.1.2 La vigilanza su segnalazione

Nel corso del 2014, allo scopo di rafforzare la propria attività di vigilanza e, conseguentemente, monitorare i livelli di trasparenza delle amministrazioni pubbliche, l'Autorità ha approntato uno specifico sistema per la gestione dei quesiti e delle segnalazioni sulle inosservanze della normativa sulla trasparenza, sulla base della consapevolezza che la partecipazione di cittadini, associazioni e amministrazioni

[59] Con comunicato del Presidente del 30 gennaio 2015 l'Autorità ha reso noto che per agevolare gli adempimenti di cui all'art.1, co. 32, della l. 190/2012, l'applicativo per la trasmissione dei dati, da effettuarsi entro il 31 gennaio 2015, sarebbe stato utilizzabile fino al 7 febbraio 2015.

pubbliche rappresenti una leva fondamentale per promuovere il rispetto della normativa vigente sull'accessibilità totale delle informazioni.

Il modello di vigilanza su segnalazione in materia di trasparenza sviluppato dall'Autorità è stato finalizzato anche ad accompagnare le amministrazioni verso un progressivo ed idoneo percorso di adeguamento alle regole della trasparenza, volto anche a misurare l'efficacia delle iniziative intraprese dall'Autorità.

Il processo di gestione delle segnalazioni dell'Autorità nel corso del 2014 si è basato su tre livelli successivi di verifica sui siti web. Alla base del processo di vigilanza vi è la piattaforma web di comunicazione con il cittadino, denominata "Campagna trasparenza", disponibile sul sito istituzionale all'indirizzo "www.campagnatrasparenza.it", operativa dal mese di marzo 2014, mediante la quale è possibile acquisire, in via telematica e in forma modulare, le segnalazioni in materia di trasparenza.

L'introduzione di tale sistema di rilevazione ha favorito l'acquisizione, in tempo reale e in maniera sistematica, di una cospicua mole di informazioni sui livelli percepiti di trasparenza nelle PA, ed ha reso possibile all'Autorità una puntuale mappatura degli elementi identificativi delle segnalazioni, propedeutica per intervenire sulle amministrazioni con un'adeguata programmazione e in modo organico.

La suddetta, seppure sperimentale, innovazione gestionale, ha reso possibile, nel corso della seconda metà del 2014, un incremento ed un miglioramento qualitativo dell'attività di vigilanza su segnalazione. In tale contesto, si è anche prestata particolare rilevanza alla verifica dell'efficacia dell'attività di vigilanza svolta dall'Autorità, in termini di effettiva capacità di promuovere l'adeguamento delle amministrazioni alla disciplina sulla trasparenza. A tale scopo, a partire dal mese di novembre 2014, l'Autorità ha iniziato a rendere noti sul proprio sito istituzionale, mediante specifici *report* di sintesi e dettagliati elenchi, le rendicontazioni periodiche degli esiti dell'attività di vigilanza su segnalazione.

12.1.2.1 L'analisi delle segnalazioni pervenute nel 2014

Nel 2014, attraverso la piattaforma "Campagna trasparenza", sono pervenute 757[60] segnalazioni, ciascuna delle quali con evidenza dei dati identificativi del segnalante, dell'ente oggetto di segnalazione, della descrizione del singolo obbligo di pubblicazione

[60] Le richieste di intervento pervenute complessivamente su "Campagna trasparenza" nel periodo di riferimento (marzo 2014-marzo 2015) sono state 1.138, delle quali 757 nel 2014 e 381 solo nel primo trimestre 2015 (fino al 20 marzo).

presunto come disatteso, della data di rilevazione dell'inosservanza e dell'indicazione dell'eventuale richiesta di accesso civico o ricorso al potere sostitutivo già trasmessa all'amministrazione per la rimozione delle inosservanze rilevate. A quest'ultimo proposito, l'Autorità ha valutato importante intervenire a seguito dell'utilizzazione, da parte degli interessati, delle misure messe a disposizione dal legislatore con il diritto di accesso civico. In prima battuta gli interessati sono tenuti a rivolgersi all'amministrazione ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 33/2013.

Poiché, per come è stata strutturata la piattaforma, ad ogni segnalazione corrisponde l'indicazione di un obbligo di trasparenza violato e, dunque, lo stesso soggetto può aver inviato più segnalazioni relative all'omessa pubblicazione, da parte di uno stesso ente, di più dati, le segnalazioni sono state accorpate per ente e hanno dato luogo all'attivazione di 340 procedimenti di vigilanza nei confronti di altrettante amministrazioni o enti.

Il livello più alto dei contatti registrati su "Campagna trasparenza" è stato raggiunto a giugno 2014 e febbraio 2015. Probabilmente questo *trend* è da correlarsi alle iniziative specifiche intraprese dall'Autorità volte a rammentare la sanzionabilità dell'omessa pubblicazione di alcuni dati[61]. Allo stesso modo, la riduzione delle richieste di intervento, osservata a partire dal mese di ottobre 2014 è, con tutta probabilità, da ricondurre all'iniziativa di valorizzazione e sensibilizzazione sull'uso dell'istituto dell'accesso civico (art. 5 del d.lgs. 33/2013) perseguita dall'Autorità.

Sul sito istituzionale dell'ANAC è stato, infatti, pubblicato uno specifico comunicato volto a informare circa le opportunità che l'istituto dell'accesso civico presenta per cittadini, associazioni e imprese, nonché sulle responsabilità conseguenti, anche in termini organizzativi, che ricadono sulle amministrazioni[62].

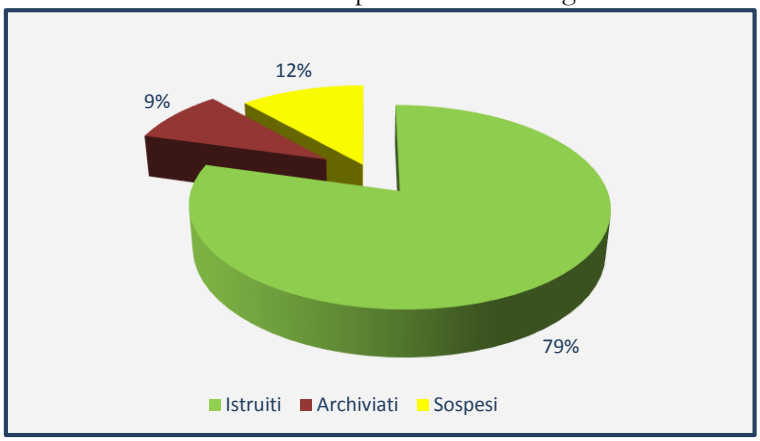
Come si evince dalla figura 12.1, dei 340 procedimenti di vigilanza avviati nel 2014, 270 sono stati istruiti, 31 archiviati per precedente trattazione nell'ambito della vigilanza

[61] Si fa riferimento, per il 2014, ai comunicati del 27 maggio e del 6 giugno 2014 diretti agli OIV riguardo l'avvio del procedimento sanzionatorio nei casi di accertamento di violazione degli obblighi di pubblicazione di cui agli artt. 14 e 22, e per il 2015, alla delibera n. 10 del 21 gennaio 2015 concernente "L'individuazione dell'autorità amministrativa competente all'irrogazione delle sanzioni relative alla violazione di specifici obblighi di trasparenza (art. 47 del d.lgs. 33/2013)".

[62] Si veda, in proposito, "L'istituto dell'accesso civico: responsabilità delle pubbliche amministrazioni e opportunità per la società civile" pubblicato sul sito dell'Autorità in data 15 ottobre 2014.

d'ufficio e 39 sospesi in quanto relativi a società pubbliche, enti in controllo pubblico ed ordini professionali per i quali sono in corso specifici approfondimenti[63].

Figura 12.1 Stato di lavorazione dei procedimenti di vigilanza avviati nel 2014



Fonte: ANAC

Oltre il 53% dei procedimenti ha riguardato i comuni e il 7,1% le società partecipate dalle PA. Il resto delle segnalazioni ha avuto ad oggetto per lo più enti di rilievo locale. Solo il 3,8% ha riguardato i ministeri e il 3,2% gli enti pubblici nazionali. Il dato può essere interpretato in duplice modo: da una parte l'attuazione della trasparenza sembrerebbe essere rivolta alle amministrazioni più prossime ai cittadini, dall'altra, la numerosità dei comuni è tale rispetto ad altre amministrazioni per cui le segnalazioni tendono a polarizzarsi su questi enti.

Coerentemente con l'intento promosso dall'Autorità attraverso l'iniziativa "Campagna trasparenza"[64], le segnalazioni in materia di trasparenza costituiscono uno dei canali privilegiati attraverso cui, mediante l'esercizio del "controllo sociale", la società civile può contribuire, da un lato a migliorare il sistema della trasparenza disciplinato dal d.lgs. 33/2013 e, dall'altro a favorire in concreto la definizione da parte dell'Autorità della propria attività di indirizzo e vigilanza in materia di trasparenza.

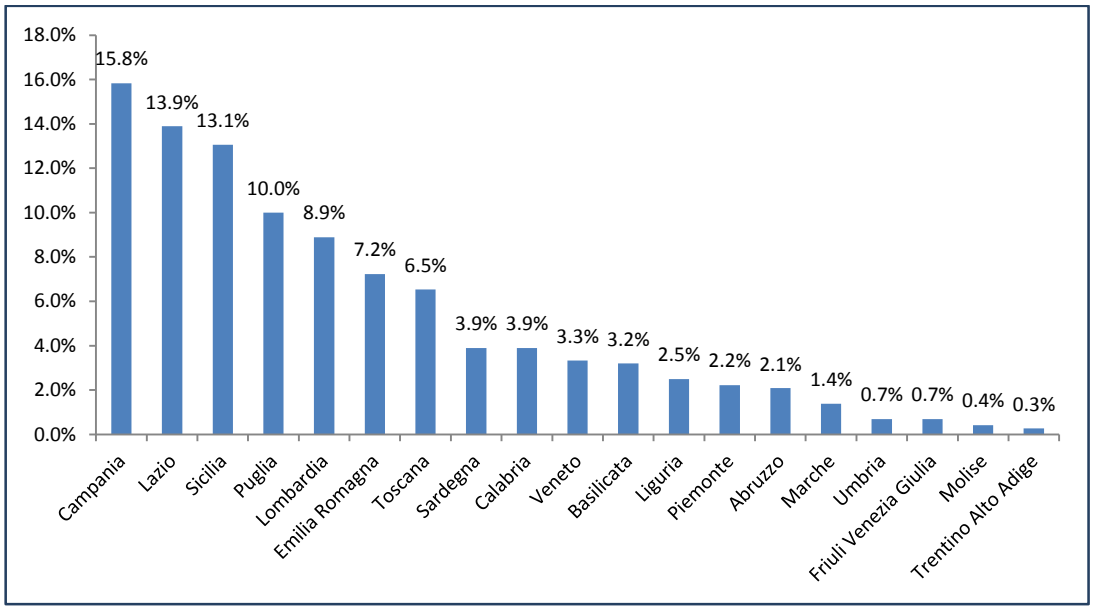
---

[63] Alla data di predisposizione della presente *Relazione* risulta in consultazione sul sito web dell'Autorità lo schema di delibera concernete le "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".

[64] Si veda, in proposito, l'*home page* di "Campagna trasparenza" dove è riportato che «La partecipazione di cittadini, associazioni e amministrazioni pubbliche può contribuire a migliorare il sistema della trasparenza disciplinato dal d.lgs. n. 33/2013. Attraverso questa campagna promossa dall'Autorità sono raccolti quesiti e segnalazioni su inadempienze e complicazioni in materia di trasparenza nonché proposte per migliorare il sistema della trasparenza. I risultati di questa campagna contribuiranno alla definizione da parte dell`autorità delle proprie attività di indirizzo e vigilanza della politica di trasparenza attuata dalle pubbliche amministrazioni […]».

I dati a disposizione mostrano che, nella maggior parte dei casi, le persone che hanno segnalato violazioni in materia di trasparenza lo hanno fatto "a titolo personale" (68,2%); le restanti segnalazioni sono state inoltrate per conto di associazioni/comitati (15,9%), di PA (13,6%), di enti o società di diritto privato (2,3%) e di enti pubblici vigilati (1,6%). Con riferimento alla qualifica dei segnalanti, prevalgono i dipendenti pubblici (28%) e i liberi professionisti (15%); rilevante anche la partecipazione dei componenti degli OIV (14%).
La maggior parte delle 757 segnalazioni pervenute si sono registrate con riferimento ad amministrazioni locali che hanno sede in Campania (15,8%), nel Lazio (13,9%), in Sicilia (13,1%), in Puglia (10%) e Lombardia (8,9%). Nei dati relativi al Lazio sono considerate anche le segnalazioni riguardanti gli enti e le amministrazioni di rilievo nazionale, pari all'8,3% del totale.

Figura 12.2 Le segnalazioni nel 2014 per regione in cui hanno sede le amministrazioni



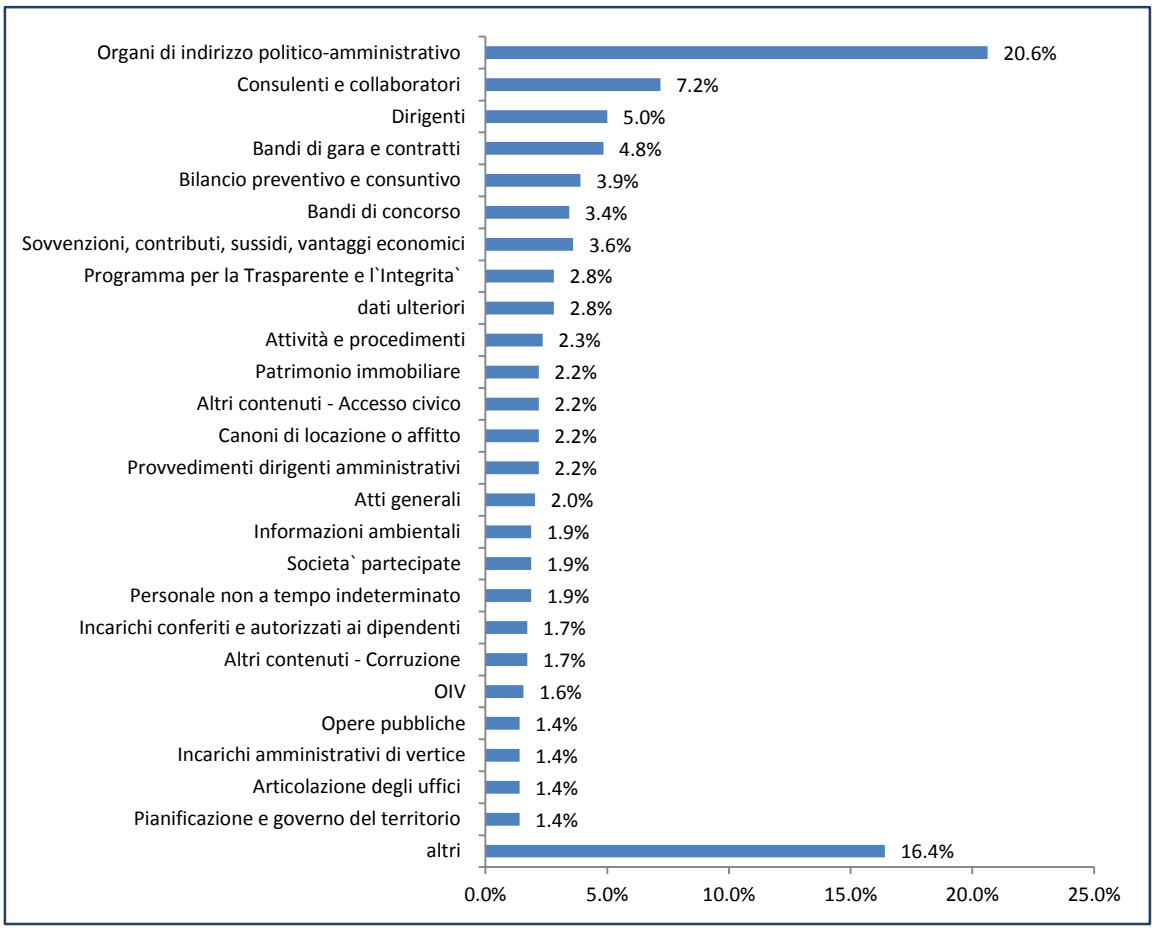
Fonte: ANAC

Per quanto riguarda, invece, il contenuto delle violazioni segnalate, risulta che il 15% delle segnalazioni pervenute rileva l'assenza o la carenza della sezione "Amministrazione trasparente", e conseguentemente la generalizzata mancanza dei dati per i quali sussiste un obbligo di pubblicazione ai sensi del d.lgs. 33/2013; tali segnalazioni si riferiscono ad amministrazioni locali situate, per la maggior parte, in Sicilia (18%), in Toscana (16%), in Campania e nel Lazio (10%) appartenenti, nella generalità dei casi, al comparto dei comuni (82%), delle autorità portuali (4,1%) e degli istituti scolastici (2,7%). Nel 13% dei

casi, le segnalazioni di generalizzata violazione degli obblighi di trasparenza si riferiscono ad amministrazioni a rilevanza nazionale.

Il restante 85% delle segnalazioni ha ad oggetto la violazione di specifici obblighi di pubblicazione. In particolare, il 20,6 % riguarda la mancata o incompleta pubblicazione dei dati relativi agli organi di indirizzo politico-amministrativo ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. 33/2013; seguono, per ricorrenza delle violazioni segnalate, quelle relative ai consulenti e collaboratori (7,2%), ai dirigenti (5%), ai bandi di gara e contratti (4,8%), ai bilanci (3,9%) ed ai bandi di concorso (3,4%). Tutte le altre tipologie di dati previste dal d.lgs. 33/2013, segnalate con una bassa incidenza percentuale, sono state accorpate nella categoria "altri".

Figura 12.3 Principali dati oggetto di segnalazione nel 2014[65]



Fonte: ANAC

[65] Con riferimento ai dati come organizzati all'interno della sezione "Amministrazione trasparente" (si veda, in proposito, l'allegato al d.lgs. 33/2013).

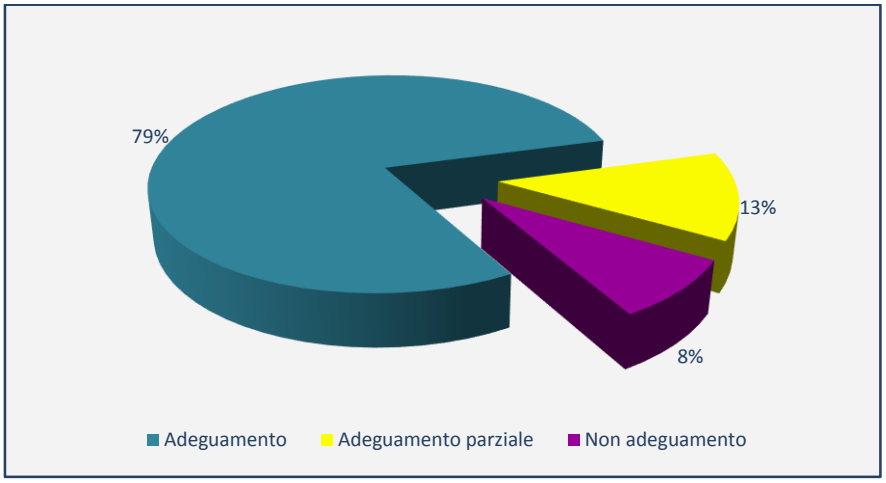
12.1.2.2 L'efficacia dell'attività di vigilanza su segnalazione

Nel corso del 2014, a fronte di 270 verifiche di primo livello effettuate sulle segnalazioni istruite, sono stati accertati 235 casi di enti che non rispettano le regole della trasparenza (87%). Pertanto, l'Autorità ha richiesto agli stessi di adeguarsi alle previsioni del d.lgs. 33/2013, entro una scadenza prestabilita, rimuovendo le inosservanze accertate; le restanti 35 verifiche hanno condotto all'archiviazione per infondatezza, per accertata incompetenza o per intervenuto adeguamento agli obblighi di pubblicazione di cui era stata segnalata l'inosservanza. A fronte di 235 richieste di adeguamento trasmesse alle amministrazioni, l'Autorità ha svolto, al termine della scadenza prestabilita, 191 verifiche di secondo livello, per accertare l'adeguamento da parte delle amministrazioni segnalate; i restanti casi di inosservanza accertati, pari a 44, sono in corso di lavorazione in quanto, alla data di predisposizione della presente *Relazione*, la scadenza di adeguamento non è ancora intervenuta ovvero hanno richiesto ulteriori approfondimenti.

I risultati della seconda verifica hanno fatto registrare un elevato livello di efficacia dell'attività di vigilanza:

- 151 amministrazioni si sono adeguate pienamente alle richieste dell'Autorità;
- 24 amministrazioni si sono adeguate parzialmente alle richieste dell'Autorità;
- 16 amministrazioni non si sono adeguate alle richieste dell'Autorità.

Figura 12.4 Esiti della seconda verifica dell'Autorità sull'adeguamento richiesto



Fonte: ANAC

L'elenco delle segnalazioni pervenute ed istruite dall'Autorità, periodicamente pubblicato, in formato aperto, sul proprio sito istituzionale, permette una valutazione anche qualitativa delle violazioni segnalate in materia trasparenza.

Da una prima analisi delle 40 amministrazioni che, al termine della scadenza prevista, non si sono adeguate alle richieste dell'Autorità o l'hanno fatto in misura solo parziale, risulta che le violazioni segnalate riguardano, nel 48% dei casi, la generica assenza o carenza della sezione "Amministrazione trasparente" e nel 10% dei casi, la specifica mancata o incompleta pubblicazione dei dati sugli organi di indirizzo politico-amministrativo. Si tratta, dunque, di ipotesi gravi in cui le amministrazioni devono ancora predisporre quanto necessario per la realizzazione del sistema della trasparenza, ovvero di omessa pubblicazione di dati per i quali si registra una tendenziale resistenza delle amministrazioni alla pubblicazione. Nei casi di adeguamento parziale o non adeguamento, l'Autorità ha adottato 40 provvedimenti di ordine di adeguamento, richiedendo la piena rimozione delle inosservanze accertate[66].

12.1.2.3 I dati del primo trimestre 2015

Da un'analisi dei contatti registrati, dal 1 gennaio al 20 marzo 2015, sulla piattaforma web "Campagna trasparenza", risultano 404 violazioni segnalate in materia di trasparenza relative a 192 PA. Tali dati evidenziano un *trend* di "partecipazione attiva" della collettività nell'attività di vigilanza in crescita rispetto al 2014 (da 80 a 150 contatti mensili).

Il 49% delle segnalazioni pervenute ha riguardato i comuni; seguono per numerosità quelle relative alle società pubbliche (12%) e agli enti pubblici locali (9%). Sotto il profilo della regione di appartenenza delle amministrazioni, le segnalazioni pervenute nel 2015 riguardano, in prevalenza, amministrazioni con sede in Sicilia (19%), Lazio (14,5%), Emilia Romagna (10,5%), Campania (8,7%). Nel Lazio sono considerate anche le segnalazioni relative agli enti e alle amministrazioni a rilievo nazionale.

Per quanto riguarda, invece, il contenuto delle violazioni denunciate, si osserva che, analogamente al 2014, il 15% delle segnalazioni hanno riguardato la generalizzata carenza di contenuti della sezione "Amministrazione Trasparente" mentre il restante 85% ha

[66] L'Autorità ha anche effettuato 14 verifiche di terzo livello, relative ad enti ed amministrazioni che avevano ricevuto il provvedimento di ordine e per le quali risultava scaduto il termine stabilito; di queste, nove (64%) risultano essersi adeguate pienamente alle richieste dell'Autorità e cinque (36%) solo parzialmente (dati aggiornati all'8 aprile 2015).

riguardato obblighi specifici. Relativamente a questi ultimi, maggiormente segnalati restano quelli sugli organi di indirizzo politico-amministrativo, seppure con un incidenza percentuale minore (12,5%) per il momento, rispetto a quanto registrato nel corso del 2014. In aumento rispetto all'anno precedente risultano invece le segnalazioni sui bandi di gara e contratti (9,6%) e quelle sulle modalità di esercizio dell'accesso civico (7%); in quest'ultimo caso sembrerebbe trarsi il segnale di una maggiore consapevolezza dell'importanza per i cittadini di tale istituto previsto dall'art. 5 del d.lgs. 33/2013.
Cresce, infine, l'interesse per la pubblicazione dei dati relativi alle misure di prevenzione della corruzione (PTPC, relazioni del RPC, ecc.).

12.2 L'attività consultiva

Nel corso del 2014, confermando l'andamento crescente registrato nel 2013, le amministrazioni pubbliche e gli altri soggetti tenuti all'applicazione del d.lgs. 33/2013 hanno posto molteplici quesiti per ricevere chiarimenti su specifiche questioni applicative della disciplina sulla trasparenza che, nonostante l'attività di accompagnamento svolta dall'Autorità nel corso del 2013, continuavano a presentare profili problematici.
L'attività consultiva condotta dall'Autorità è strettamente connessa alle funzioni di regolazione e vigilanza ad essa attribuite dalla normativa. Il potere di vigilanza sull'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente è esercitato dall'ANAC ai sensi della l. 190/2012 e del d.lgs. 33/2013. Proprio quest'ultimo (art. 10), conferisce all'Autorità il compito di adottare Linee guida per la predisposizione dei Programmi triennali per la trasparenza e l'integrità.
Tali poteri di regolazione e vigilanza comportano la necessità, riconosciuta in capo all'Autorità, di chiarire il contenuto della normativa su cui svolge simili attività (di regolazione e di vigilanza, per l'appunto) e di sciogliere, quindi, dubbi interpretativi e applicativi posti dalla legge 190 e dal decreto 33. Per tale ragione, diversamente da quanto realizzato per l'attività consultiva svolta sulla disciplina prevista dal d.lgs. 39/2013 e dalla l. 190/2012, l'Autorità non ha formulato risposte puntuali alle istanze ricevute, ritenendo invece di fornire indirizzi e criteri per l'applicazione della normativa attraverso la pubblicazione sul proprio sito istituzionale di *Frequently Asked Questions* (FAQ), orientamenti e delibere di carattere generale, anche per garantire la massima trasparenza e

diffusione delle decisioni adottate e una più ampia fruibilità da parte dei destinatari della normativa.

Dal 1 gennaio al 31 dicembre 2014 sono pervenute all'Autorità attraverso la piattaforma web "Comunica con l'Autorità" 526 istanze di parere di cui 300 in materia di trasparenza. Le richieste sono state inoltrate nel 78,7% dei casi da amministrazioni pubbliche, con una prevalenza di quesiti provenienti dalle regioni Campania e Lombardia, rispettivamente 12,4% e 12,2%, a conferma delle difficoltà applicative che la normativa sulla trasparenza pone per le amministrazioni che sono le dirette destinatarie della stessa. Più della metà dei quesiti presentati riguardano gli enti territoriali (51,4%) e in particolare i comuni (39,5%). Il 10,6% interessa le amministrazioni, le aziende e gli enti del SSN, il 6,3% le università e gli istituti di istruzione statale, il 3,4% le camere di commercio industria, artigianato e agricoltura e le relative unioni regionali.

Con riguardo ai quesiti formulati, la quasi totalità (il 96,7%) verte sull'applicazione del d.lgs. 33/2013, il 2,3% sugli obblighi di trasparenza contenuti nella l. 190/2012 e solo l'1% è costituito da richieste di chiarimenti sui contenuti della delibera ANAC n. 50 del 4 luglio 2013.

I principali profili problematici evidenziati nell'attuazione del d.lgs. 33/2013 riguardano i dati relativi agli organi di indirizzo politico-amministrativo (art. 14) e al sistema sanzionatorio previsto per i casi di violazione di detti obblighi (art. 47), agli incarichi dirigenziali, di collaborazione e consulenza (art. 15), alle società partecipate, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, agli enti istituiti, vigilati, controllati dalle pubbliche amministrazioni (art. 22), ai provvedimenti amministrativi (art. 23), alla concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati (artt. 26 e 27).

Di seguito si riportano le questioni principali poste e gli indirizzi forniti dall'Autorità.

Artt. 14 e 47 - Obblighi concernenti i componenti degli organi di indirizzo politico

Le principali questioni poste, riscontrate dalle istanze di parere, concernono l'art. 14. In particolare le amministrazioni hanno richiesto all'Autorità una corretta interpretazione dell'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni, chiarimenti per l'individuazione degli organi di indirizzo politico-amministrativo negli enti non territoriali e, più in generale, hanno evidenziato profili critici per la tutela della riservatezza e della sicurezza

dei titolari degli organi di indirizzo. Per quest'ultimo aspetto è stato osservato che le disposizioni dell'art. 14 non operano un corretto bilanciamento fra *privacy* e trasparenza, a detrimento della riservatezza, laddove vengono pubblicati dati dettagliati in ordine alla situazione patrimoniale e reddituale di taluni soggetti.

Talune amministrazioni hanno inoltre segnalato presunti oneri organizzativi derivanti dagli obblighi di pubblicazione dei dati reddituali e patrimoniali, altre hanno lamentato l'estensione degli obblighi ai componenti di tutti gli organi di indirizzo, con una disciplina che si rivela troppo rigida e ad applicazione indifferenziata. Sono state segnalate criticità anche sulle modalità di pubblicazione dei dati, con il passaggio da una pubblicità, quella prevista dalla legge 5 luglio 1982, n. 441 (*Disposizioni per la pubblicità della situazione patrimoniale di titolari di cariche elettive e di cariche direttive di alcuni enti*), esclusivamente cartacea, ad una modalità elettronica che rende i dati disponibili per un numero indeterminato di soggetti con un diverso impatto sulla tutela della riservatezza dei titolari degli incarichi.

Le istanze di parere hanno in molti casi evidenziato anche le difficoltà derivanti dal sistema sanzionatorio, così come previste dall'art. 47 del d.lgs. 33/2013. Le amministrazioni hanno richiesto chiarimenti sui soggetti destinatari delle sanzioni, sul procedimento sanzionatorio e, in particolare, sull'autorità amministrativa competente ad irrogare le sanzioni, stante il generico rinvio alla legge 24 novembre 1981, n. 689 (*Modifiche al sistema penale*) contenuto nel medesimo art. 47.

Art. 15 - Obblighi concernenti i titolari di incarichi dirigenziali, di collaborazione o consulenza

Le amministrazioni hanno rappresentato la difficoltà di individuare con certezza gli incarichi di collaborazione e consulenza da pubblicare con riferimento a particolari tipologie di prestazioni professionali. I quesiti hanno riguardato, in via maggioritaria, gli incarichi conferiti ai componenti del collegio sindacale e del collegio dei revisori dei conti, gli incarichi di componente esterno delle commissioni concorsuali e gli incarichi di difesa e rappresentanza dell'ente in giudizio. Una parte dei quesiti è stata invece formulata sul disposto dell'art. 15, co. 1, lett. c), laddove impone la pubblicazione, per ciascuno dei titolari di incarico dirigenziale, di collaborazione o consulenza, dei dati relativi allo svolgimento dei medesimi o alla titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla PA o lo svolgimento di attività professionali. In particolare, è stato richiesto all'Autorità di fornire indicazioni in ordine ai dati da pubblicare e di chiarire se

questi debbano ricomprendere anche i compensi percepiti per lo svolgimento di attività che esulano dal rapporto di incarico del soggetto con l'amministrazione. In secondo luogo, le amministrazioni hanno rappresentato la necessità di specificare cosa debba intendersi per "svolgimento di attività professionali" e se si debbano considerarvi ricompresi anche gli incarichi svolti presso soggetti privati.

Art. 22 - Obblighi di pubblicazione relativi agli enti pubblici vigilati e agli enti in controllo pubblico

La trasparenza dei dati relativi agli enti pubblici vigilati, agli enti di diritto privato in controllo pubblico e alle società partecipate è stata oggetto di richieste di parere sia da parte delle amministrazioni tenute a pubblicare informazioni su tali enti e società, sia direttamente dagli enti e dalle società. In particolare, sono stati richiesti chiarimenti sulla nozione di ente di diritto privato in controllo pubblico, come definita dall'art. 22, co. 1, lett. c), e sulla riconducibilità di alcuni enti nelle categorie dei soggetti tenuti ad applicare gli obblighi di trasparenza del d.lgs. 33/2013.

12.3 L'attività di regolazione

In relazione ai numerosi quesiti formulati, come anche rappresentato nel paragrafo precedente, l'attività di regolazione dell'Autorità è stata esercitata attraverso orientamenti, FAQ e atti generali, volti a fornire indirizzi e criteri per l'applicazione del d.lgs. 33/2013.

Nel mese di febbraio 2014 l'Autorità ha elaborato e pubblicato 152 FAQ sull'applicazione del d.lgs. 33/2013, suddivise per argomenti e riconducibili ai singoli articoli, integrate - nel secondo semestre del 2014 - da 13 orientamenti, ovvero indicazioni in forma sintetica per la soluzione di specifiche questioni interpretative e applicative.

L'individuazione degli organi di indirizzo politico-amministrativo tenuti agli obblighi di pubblicità di cui all'art. 14 del d.lgs. 33/2013

Con riguardo agli obblighi di pubblicazione a cui sono tenuti i componenti degli organi di indirizzo politico-amministrativo ai sensi dell'art. 14, del d.lgs. 33/2013 l'Autorità ha adottato il 7 ottobre 2014 la delibera n. 144 del 7 ottobre 2014, interamente sostitutiva della delibera n. 65 del 31 luglio 2013. Con tale atto di regolazione si è inteso risolvere sia alcune questioni interpretative ed applicative di carattere generale, nonché taluni dubbi applicativi per specifiche amministrazioni pubbliche.

La delibera ha innanzitutto definito l'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni del d.lgs. 33/2013 a seguito delle modifiche apportate all'art. 11 dello stesso decreto dall'art. 24-*bis* del d.l. 90/2014. Si è chiarito, infatti, che l'ambito soggettivo di applicazione ricomprende tutti gli enti di diritto pubblico non territoriali, nazionali regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla PA, che includono tutti gli enti aventi natura di diritto pubblico, economici e non economici.

La delibera chiarisce, inoltre, che tra gli organi di indirizzo politico-amministrativo cui si applicano le disposizioni dell'art. 14 sono da ricomprendere tutti gli organi, elettivi o meno, espressione di rappresentanza politica o meno, che comunque all'interno della propria amministrazione o ente pubblico, esprimono, attraverso atti di indirizzo e controllo, un orientamento generale, che può essere qualificato come "indirizzo politico-amministrativo", sull'organizzazione e sull'attività dell'ente, essendo le competenze di amministrazione attiva e di gestione riservate ai dirigenti. Questa interpretazione muove dai contenuti dell'art. 4 del d.lgs. 165/2001 che comprende tra gli «organi di indirizzo politico-amministrativo» tanto (co. 1) gli organi che siano «direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica» (assemblee e organi monocratici direttamente eletti insieme con organi, monocratici e collegiali da questi eletti), quanto (co. 4) gli organi che non siano espressione di rappresentanza politica, ma che esprimano un indirizzo politico con riferimento all'organizzazione e all'attività dell'amministrazione cui sono preposti.

Per l'individuazione degli organi sono state specificate una serie di competenze che configurano poteri di indirizzo, in particolare, negli enti pubblici diversi da quelli territoriali, dove di norma non si hanno organi elettivi. A mero titolo esemplificativo, inoltre, nell'allegato 1 alla delibera si è riportato un elenco di tipologie di amministrazione con l'indicazione degli organi di indirizzo politico-amministrativo (art. 14) e di amministrazione e gestione (art. 15).

Per le amministrazioni prive di organi di indirizzo politico-amministrativo, ovvero dotate di organi collegiali di tipo meramente consultivo che non abbiano poteri di indirizzo ma funzioni di altra natura (si vedano le istituzioni scolastiche), si è precisato che esse non hanno carattere di organi di indirizzo e pertanto non sono soggette agli obblighi di trasparenza di cui all'art. 14.

Per le università statali si è puntualizzato che il rettore e il consiglio di amministrazione debbano essere qualificati, alla luce della legge 30 dicembre 2010, n. 240 (*Norme in materia*

di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario), come organi di indirizzo politico-amministrativo, in quanto eletti dalle rispettive comunità accademiche e esprimono l'indirizzo generale dell'ente, attraverso atti di regolazione, indirizzo e controllo, spesso molto penetranti e limitativi della discrezionalità degli organi di amministrazione e gestione. Quanto al senato accademico, qualora secondo le previsioni dei singoli statuti svolga un mero ruolo consultivo su atti di competenza del rettore e del consiglio di amministrazione, si è previsto che l'amministrazione, con un proprio atto motivato sulla base di norme dello statuto vigente, possa esentare i componenti del senato accademico dagli obblighi dell'art. 14, dandone specifica evidenza sul sito istituzionale. Quanto invece alle università non statali legalmente riconosciute si è chiarito che esse sono tenute al rispetto delle disposizioni previste dal d.lgs. 33/2013 e quindi ad applicare gli obblighi di trasparenza per gli organi di indirizzo politico-amministrativo. Tali organi, con le rispettive competenze, sono però individuati dai singoli statuti.

Con riguardo alle ASL si è espresso l'avviso che dovrebbe essere valutata con attenzione la posizione del direttore generale, organo dotato di importanti poteri di amministrazione e gestione, ma che assume nel contempo anche un rilevante ruolo di indirizzo generale dell'organizzazione e del funzionamento delle ASL stesse. In questo caso, però, si è preso atto dell'espressa disposizione dell'art. 41 del d.lgs. 33/2013 che adotta, al co. 2, una definizione complessiva di "dirigenza sanitaria" che include anche la figura del direttore generale e ad essa applica, al co. 3, gli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 15 dello stesso decreto e non quelli dell'art. 14.

Sono inoltre stati considerati i comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti, per i quali si è ribadito quanto già espresso dall'Autorità nella delibera 65/2013, ovvero che i componenti degli organi di indirizzo politico-amministrativo non sono soggetti agli obblighi di pubblicazione relativamente alla situazione reddituale e patrimoniale, fermo restando l'obbligo di pubblicare in tutti i comuni, indipendentemente dal numero di abitanti, i dati e delle informazioni di cui alle lettere da a) ad e) del medesimo art. 14, co. 1.

L'Autorità, infine, pur rilevando in buona parte fondate le segnalazioni di criticità pervenute in ordine alla disciplina dell'art. 14, ha specificato che non può che interpretare e applicare la disciplina vigente, così come risulta dalla l. 441/1982 e dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 33/2013 e che, ad una eventuale rivisitazione organica della materia,

potrà provvedere il decreto correttivo del decreto medesimo previsto dalla delega contenuta nel disegno di legge n. 1577 (art. 6).

L'individuazione dell'autorità competente all'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. 47 del d.lgs. 33/2013

In risposta alle lacune riscontrate nella formulazione dell'art. 47 del d.lgs. 33/2013 con riguardo all'individuazione dell'autorità amministrativa competente all'irrogazione delle sanzioni relative alla violazione di specifici obblighi di trasparenza, l'Autorità - tenuto conto delle osservazioni formulate dalle amministrazioni, nonché delle modifiche normative introdotte dal d.l. 90/2014 -, ha ritenuto di modificare il precedente orientamento espresso nella delibera n. 66 del 31 luglio 2013 e ha adottato la delibera n. 10 del 21 gennaio 2015.

In sede di prima applicazione, consapevole delle difficoltà ermeneutiche e della necessità di un intervento legislativo volto a chiarire il soggetto competente ad irrogare tali sanzioni, stante il generico riferimento contenuto nell'art. 47 «all'autorità amministrativa competente in base a quanto previsto dalla legge 24 novembre 1981, n. 689», l'ANAC, con la delibera 66/2013, aveva operato una lettura della normativa incentrata sull'elaborazione da parte di ciascuna amministrazione di un regolamento in cui individuare i soggetti competenti rispettivamente all'istruttoria dei procedimenti sanzionatori e all'irrogazione delle sanzioni. Ciò ha determinato un'attuazione eterogenea del regime sanzionatorio in ragione di scelte effettuate autonomamente da ogni singolo ente o amministrazione, con possibili conseguenze sia di non effettività dell'applicazione delle sanzioni, che di violazione del principio di uguaglianza rispetto alla tutela dei livelli essenziali delle prestazioni in cui la trasparenza è ricondotta. Tenuto conto degli effetti appena descritti e del rafforzamento dei poteri dell'Autorità anche in materia di trasparenza introdotti dal d.l. 90/2014, si è ritenuto di fornire nella delibera 10/2015 un'interpretazione che in parte si discosta da quella del 2013, per garantire una maggiore coerenza dell'applicazione delle sanzioni ai principi dell'ordinamento. Poiché il sistema della trasparenza rientra nell'ambito della competenza statale, anche la disciplina sanzionatoria, si è ritenuto debba essere sottratta ad altre fonti normative ed interpretata ed applicata coerentemente. Il nuovo orientamento muove dal riconoscimento della competenza statale in materia di trasparenza anche quale livello essenziale delle

prestazioni e da una lettura integrata dell'art. 19, co. 7, del d.l. 90/2014, e dell'art. 17, co. 1, della l. 689/1981 secondo cui, a chiusura del sistema sanzionatorio, l'autorità competente ad irrogare la sanzione è il prefetto.

L'Autorità ha chiarito quindi che essa, nell'ambito delle proprie funzioni di vigilanza e di controllo sul rispetto degli obblighi di trasparenza, è il soggetto competente ad avviare il procedimento sanzionatorio per le violazioni di cui all'art. 47, del d.lgs. 33/2013, provvedendo all'accertamento, alle contestazioni e alle notificazioni, ai sensi degli artt. 13 e 14 della l. 689/1981 ai fini del pagamento in misura ridotta. Qualora non sia stato effettuato ad ANAC il pagamento in misura ridotta, il Presidente dell'Autorità, in base all'art. 19, co. 7, del d.l. 90/2014 ne da comunicazione, con un apposito rapporto ai sensi dell'art. 17, co. 1, della l. 689/1981, al prefetto del luogo ove ha sede l'ente in cui sono state riscontrate le violazioni per l'irrogazione della sanzione definitiva. Il prefetto comunica al Presidente dell'ANAC l'esito della procedura sanzionatoria e all'amministrazione, all'ente o all'organismo interessato l'eventuale provvedimento sanzionatorio adottato.

Tenuto conto della laconicità dell'art. 47 e nonostante l'interpretazione accolta nella delibera 10/2015, l'Autorità ha ritenuto necessario formulare l'atto di segnalazione al Parlamento n. 2 del 11 febbraio 2015, rappresentando la necessità di un intervento legislativo che chiarisca, in coerenza con il principio di legalità che informa il sistema sanzionatorio, il procedimento e i soggetti competenti ad irrogare le sanzioni disposte dall'art. 47, co. 1 e 2, del d.lgs. 33/2013. Si è auspicato che, analogamente a quanto avviene relativamente ad altre Autorità indipendenti, il legislatore privilegi un'impostazione che indichi l'ANAC quale autorità amministrativa competente all'irrogazione di dette sanzioni.

L'applicazione della disciplina di prevenzione della corruzione e della trasparenza agli ordini professionali

Altro aspetto di rilievo su cui l'Autorità è intervenuta riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza con particolare riferimento agli ordini e ai collegi professionali e agli enti di diritto privato partecipati o controllati dalle PA. Al riguardo la riflessione è stata avviata a seguito della modifica dell'art. 11 del d.lgs. 33/2013.

Con delibera n. 145 del 21 ottobre 2014, l'Autorità è intervenuta sull'applicabilità della legge 190 e dei decreti delegati agli ordini e ai collegi professionali a fronte dei dubbi interpretativi sollevati in considerazione della particolare natura giuridica di tali soggetti. Nel prendere atto che i rapporti di lavoro del personale degli ordini e dei collegi professionali integrano un rapporto di pubblico impiego (art. 3, co. 1, del d.p.r. 68/1986) e che i suddetti organismi rientrano nella categoria degli «enti pubblici non economici, che operano sotto la vigilanza dello Stato per scopi di carattere generale» (sentenza della Corte di cassazione n. 21226/2001), l'Autorità ha ribadito l'applicabilità ad essi degli obblighi in materia di trasparenza di cui al d.lgs. 33/2013, in quanto ricompresi tra le PA di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 165/2001 tenute all'osservanza del decreto.

Il documento comune MEF-ANAC sugli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle PA

Con riguardo alle società e agli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle PA e agli enti pubblici economici, nella consapevolezza della complessità del quadro normativo ad essi riferito, l'Autorità, come anticipato nel capitolo 12, ha istituito un tavolo tecnico con il MEF in qualità di principale azionista di società pubbliche.

Per l'Autorità, come noto, gli esiti di tale lavoro sono successivamente confluiti nelle 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.

Per quanto riguarda la trasparenza, in base alle citate Linee guida (che sono in via di approvazione) le società controllate e gli enti di diritto privato in controllo pubblico sono tenuti ad osservare interamente le disposizione contenute nel d.lgs. 33/2013 e ad assicurare la trasparenza sia relativamente alle attività di pubblico interesse che all'organizzazione. L'art. 11, co. 2, lett. b), come novellato dall'art. 24-*bis* del d.l. 90/2013, dispone, infatti, che la disciplina del d.lgs. 33/ 2013 prevista per le PA sia applicata «limitatamente alle attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea» anche agli enti di diritto privato in controllo pubblico, incluse le società in controllo pubblico che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle PA o di gestione di servizi pubblici.

Le società partecipate applicano i soli obblighi di trasparenza contenuti nei commi da 15 a 33 della l. 190/2012, con riferimento all'attività di pubblico interesse, così come disposto

dalla stessa l. 190/2012 e dal d.lgs. 33/2013 (art. 11, co. 3). In particolare rendono conoscibili le informazioni sui procedimenti amministrativi e il rispetto dei tempi procedimentali, i bilanci, i costi delle opere pubbliche e dei servizi erogati, le autorizzazioni o concessioni, i bandi di gara e contratti, le concessioni di vantaggi economici, la selezione del personale. L'Autorità ha inoltre specificato che le società partecipate non sono sottoposte, come le società controllate, agli obblighi di pubblicità concernenti la propria organizzazione, né sono tenute a nominare il RT e ad adottare il PTTI. Con riguardo agli enti di diritto privato partecipati dalle amministrazioni pubbliche, non essendo questi tra gli enti destinatari diretti delle disposizioni contenute nel d.lgs. 33/2013, per ragioni di coerenza complessiva nell'interpretazione sistematica delle norme, l'Autorità ha espresso l'avviso che le amministrazioni partecipanti siano tenute a promuovere, con appositi protocolli di legalità, l'applicazione anche da parte di tali enti degli obblighi di trasparenza individuati per le società a partecipazione minoritaria. Per quanto attiene il regime della trasparenza applicabile agli enti pubblici economici, le citate *Linee guida* hanno evidenziato che a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. 90/2014 all'art. 11 del d.lgs. 33/2013, essi sono tenuti ad osservare la medesima disciplina in materia di trasparenza prevista per le PA, pur con i necessari adattamenti dovuti alle specificità organizzative previste dalla normativa di riferimento. L'art. 11, co. 2, lett. a), si riferisce infatti agli «enti di diritto pubblico non territoriali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati», tra cui rientrano gli enti pubblici economici, come anche indicato nella delibera 144/2014. Nelle *Linee guida* di cui sopra l'ANAC ha sottolineato che, considerate le peculiarità organizzative, il tipo di attività svolta e la natura privatistica degli enti di diritto privato e delle società partecipate e controllate dalle PA e degli enti pubblici economici, la disciplina in materia di trasparenza è ad essi applicabile con i necessari adattamenti, anche per contemperare l'obiettivo della più ampia pubblicazione dei dati con le eventuali esigenze relative alla natura privatistica e alle attività svolte in regime concorrenziale.

Capitolo 13

I limiti della normativa vigente e qualche ipotesi di correzione

13.1 Le misure organizzative di prevenzione della corruzione

L'ambito soggettivo di applicazione dei piani e delle altre misure di prevenzione

La l. 190/2012 definisce, al co. 59 dell'art. 1, l'ambito soggettivo di applicazione delle sue disposizioni, circoscrivendolo alle PA di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 165/2001. Il co. 60 estende tale ambito di applicazione agli enti di diritto privato in controllo pubblico a livello regionale e locale. Il ricordato documento congiunto MEF-ANAC e la stessa Autorità nelle *Linee guida* hanno dato di queste disposizioni un'interpretazione costituzionalmente orientata, fondata sulla considerazione che la legge, nel prevedere l'applicazione delle sue disposizioni anche agli enti di dritto privato in controllo pubblico, abbia adottato una concezione sostanziale di "pubblica amministrazione", del tutto coerente con le finalità delle legge. Sarebbe, infatti, del tutto incomprensibile escludere gli enti privati in controllo pubblico nazionali dalla nuova disciplina. Ribadendo la validità dell'interpretazione adottata, l'Autorità auspica un intervento legislativo che chiarisca, in modo chiaro ed inequivocabile, l'ambito soggettivo di applicazione di tutta la normativa di prevenzione della corruzione e di trasparenza.

La formazione e l'attuazione delle misure

Le misure di prevenzione della corruzione che assumano la veste formale di un PTPC (nelle PA in senso stretto) o di misure di prevenzione aventi la stessa finalità del PTPC, ma adottate ad integrazione delle misure di cui al d.lgs. 231/2001 devono essere adottate con un maggior grado di coinvolgimento di soggetti esterni, ma soprattutto degli attori interni.

Modifiche legislative potrebbero essere utili nella prospettiva di ridisegnare il percorso di formazione, di approvazione e di attuazione del Piano triennale e delle singole misure.

Il regime delle responsabilità

Come già segnalato, il regime delle responsabilità connesse al compimento di reati contro la PA da parte di funzionari dell'amministrazione e alla violazione delle misure del Piano triennale, costruito in gran parte ad imitazione del regime di responsabilità che il d.lgs. 231/2001 pone in capo all'impresa (è l'imprenditore a subire la sanzione pecuniaria o interdittiva in caso di compimento di reati da parte di suoi dipendenti nell'interesse della stessa impresa), si rivela manchevole nelle PA, allorché prevede l'attivazione di responsabilità (di tipo disciplinare o dirigenziale) in capo al solo RPC, nell'evidente impossibilità di irrogare sanzioni pecuniarie o interdittive all'ente in quanto tale.

A rispondere della qualità e della vigilanza sull'attuazione delle misure di prevenzione del Piano triennale non può essere, ad avviso dell'Autorità, il solo RPC. La responsabilità va estesa, tanto nelle amministrazioni in senso stretto quanto nel sistema dei soggetti privati in controllo pubblico, ai componenti degli organi di governo degli enti. Nella forma di una responsabilità amministrativa che può dar luogo a sanzioni di natura pecuniaria o interdittiva, irrogate alle singole persone di cui sia riconosciuta la responsabilità nel caso concreto. L'Autorità auspica vivamente che il legislatore ponga mano a questa, peraltro delicata, problematica trovando soluzioni che diano effettività e concretezza alle misure organizzative di prevenzione della corruzione.

La posizione del RPC

L'Autorità è intervenuta in più occasioni in relazione alla nomina e ai poteri dei RPC, interpretando la disciplina vigente sempre nel senso che la figura del RPC deve avere le caratteristiche dell'autorevolezza (la posizione del dirigente nell'amministrazione deve assicurargli capacità di ascolto e di indirizzo e controllo nella definizione delle misure e nel monitoraggio della loro attuazione), della stabilità (la durata non deve configurare un mandato così breve da non assicurare al RPC il tempo necessario per lo svolgimento dei suoi compiti), dell'indipendenza (che non potrà essere completa, ma quantomeno dovrà assicurare lo svolgimento in piena autonomia dei compiti affidati dal PTPC, ivi compresa la possibilità di segnalare violazioni da parte dell'organo politico).

In questa prospettiva, l'Autorità si è più volte espressa interpretando la disposizione che negli enti locali vuole che il RPC sia di norma individuato nelle figura del segretario comunale o provinciale.

Nella stessa prospettiva l'Autorità auspica che il legislatore voglia non solo confermare la previsione attuale, ma rafforzare la posizione dei segretari, con una diversa procedura di nomina che ne attenui gli attuali tratti di fiduciarietà. In più occasioni il Presidente dell'Autorità si è espresso in senso favorevole al mantenimento pieno della figura e del ruolo dei segretari comunali, che negli anni, anche grazie alle specifiche regole di reclutamento ed aggiornamento professionale, si sono rivelati un importante baluardo a tutela della legalità e dell'imparzialità delle amministrazioni, anche in situazioni di gravi difficoltà operative e di contesto.

I poteri sanzionatori

Quanto ai poteri sanzionatori, si è già segnalata l'attuale difficoltà dell'Autorità nell'operare con il solo strumento della sanzione di cui all'art. 19, co. 5, del d.l. 90/2014, che può essere irrogata solo in caso di mancata attuazione dei PTPC. Il risultato è stato una sua difficile applicazione, di fronte all'adozione di Piani triennali in termini solo formali, ma nella sostanza privi di misure organizzative efficaci. L'Autorità propone, pertanto, che siano resi più efficaci gli attuali poteri sanzionatori, sia rendendoli attivabili anche in caso di misure largamente insufficienti, sia estendendo il campo dei soggetti responsabili per mancata o insufficiente adozione delle misure o per mancata vigilanza sulla loro attuazione.

13.2 Le inconferibilità e le incompatibilità degli incarichi amministrativi

Le segnalazioni al Governo e al Parlamento

In relazione alle numerose questioni affrontate nell'esame della normativa, l'Autorità ha adottato alcuni atti di segnalazione al Governo e al Parlamento nelle quali sono state rilevate incongruenze e criticità nel d.lgs. 235/2012 e nel d.lgs. 39/2013.

Sul primo decreto, in data 5 giugno 2014, l'Autorità ha segnalato al Ministro dell'Interno, al Ministro della Giustizia e al Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione un'evidente disparità di trattamento tra le cause di incandidabilità alle cariche elettive regionali e le cause di incandidabilità alle cariche elettive locali. La questione fa riferimento alla condanna per un delitto tentato per reati contro la PA di un sindaco, fattispecie per la quale il testo unico citato non prevede ipotesi di incandidabilità, di sospensione o decadenza dalla carica. Lo stesso decreto legislativo nel caso in cui la

medesima fattispecie tentata di delitto fosse stata commessa da un presidente di giunta regionale, un assessore e un consigliere regionale avrebbe comportato una chiara ipotesi di incandidabilità o di sospensione o di decadenza di diritto dalla carica. È evidente, quindi, una disparità di trattamento tra le cause di incandidabilità alle cariche elettive regionali e le cause di incandidabilità alle cariche elettive locali.

Per queste ragioni, l'Autorità, nel sottoporre la questione agli organi di Governo, ha proposto una modifica legislativa dell'art. 10, co. 1, lett. c), del d.lgs. 235/2012, suggerendo di inserire, dopo la parola delitti, l'inciso "consumati o tentati", così come previsto dall'art. 7, co. 1, lett. c), del medesimo decreto.

Al fine di verificare l'opportunità di procedere con una modifica dell'art. 11 del d.lgs. 39/2013, è stata, altresì, segnalata al Governo, in data 25 settembre 2014, la lacuna normativa circa la mancata previsione nel citato decreto 39 di una situazione di incompatibilità tra l'incarico amministrativo di vertice di una camera di commercio e la carica politica di componente della giunta di una provincia di un comune (in futuro di una città metropolitana) o di un unione di comuni che fanno parte della medesima regione della camera di commercio.

Dall'analisi della questione posta all'attenzione dell'Autorità è emersa, infatti, l'assenza di una causa di incompatibilità, ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. 39/2013, tra l'incarico di segretario generale di una camera di commercio e la carica di assessore in un comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti, facente parte della medesima regione. L'art. 11, co. 3, del decreto citato, infatti, si riferisce ai soli incarichi amministrativi di vertice di una provincia o di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti e ritiene tale carica incompatibile con quella di componente di una giunta di un comune con medesima popolazione ricompreso nella stessa regione dell'amministrazione locale che ha conferito l'incarico. Nel caso esaminato l'incarico amministrativo di vertice non era relativo né ad una provincia o ad un comune.

La norma così interpretata viene a sancire, secondo l'Autorità, una situazione di compatibilità tra la figura di vertice di un ente pubblico non economico e la carica di componente di un organo di indirizzo politico di un comune operanti nello stesso ambito territoriale. Tale interpretazione, però, sembrerebbe porsi in contrasto, in primo luogo, con la legge delega (art. 1, co. 50, l. 190/2012) che ha stabilito che l'imparzialità degli incarichi dirigenziali ed amministrativi di vertice non può più essere un carattere del solo

atto amministrativo in sede di azione, né un carattere genericamente riferito all'intera amministrazione, ma deve essere garantito specificamente alle persone titolari di incarichi amministrativi, siano essi dirigenziali o amministrativi di vertice. L'imparzialità della posizione dei titolari di incarichi dirigenziali o amministrativi di vertice, infatti, alla luce dei criteri direttivi della legge delega deve essere assicurata attraverso l'incompatibilità tra detti incarichi e le cariche o le attività in potenziale conflitto di interessi. L'impossibilità di configurare la fattispecie prospettata quale ipotesi di incompatibilità e, quindi, di considerare compatibile la carica di segretario generale di una camera di commercio con la carica di assessore in un comune che opera nello stesso ambito territoriale, sembrerebbe rappresentare un'ipotesi di irrazionalità della norma, nella misura in cui il decreto delegato non recepisce le intenzioni del delegante. È evidente come sussista un'ipotesi di potenziale conflitto di interesse tra le due posizioni, tale da minare l'imparzialità della figura amministrativa di vertice.

Ma v'è di più. Così interpretando l'art. 11 del d.lgs. 39/2013 si verrebbe a creare un'ipotesi di disparità di trattamento con quanto previsto dal successivo art. 12, co. 4, lett. b), del d.lgs. 39/2013 in ordine ai dirigenti di una camera di commercio. Infatti, mentre il segretario generale di un camera di commercio, di nomina politica, risulterebbe compatibile con la carica di assessore di una provincia, di un comune (di una città metropolitana) o di una regione, un dirigente della stessa camera di commercio, che non è di nomina politica, non può essere titolare di una carica politica di assessore di una provincia, di un comune di una città metropolitana che fa parte della medesima regione della camera di commercio.

I risultati della commissione di studio dell'ANAC

Per segnalare in modo organico le questioni più rilevanti e fornire al legislatore ulteriori elementi utili alla discussione del disegno di legge AS n. 1577 "Riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni", nel quale è previsto il conferimento al Governo di una nuova delega ad adottare dei decreti correttivi al d.lgs. 33/2013 e al d.lgs. 39/2013, nel 2014 l'Autorità ha costituito una commissione[67] *ad hoc*, presieduta da due Consiglieri dell'Autorità.

[67] Trattasi della commissione di studio per la revisione della disciplina vigente in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, istituita il 13 novembre 2014, composta oltre che da Consiglieri dell'Autorità, anche da professori universitari e dai rappresentanti dell'ANCI e dell'UPI.

Di seguito si riportano gli aspetti del d.lgs. 39/2013 sui quali, anche in virtù dei lavori attualmente in corso da parte della citata Commissione, l'Autorità ritiene opportuni degli interventi legislativi.

Si ritiene innanzitutto opportuno prevedere delle forme di estensione del regime delle inconferibilità e incompatibilità nelle aziende sanitarie. La limitazione del regime delle inconferibilità (e incompatibilità) alle tre figure apicali delle aziende ospedaliere è stata determinata dall'attribuzione in capo al direttore generale (assistito dal direttore sanitario e dal direttore amministrativo) di tutti i compiti, di indirizzo e gestionali. Nella realtà dei fatti, i modelli organizzativi divergono e quasi ovunque numerosi incarichi comportano, se non la diretta assunzione di decisioni amministrative, un determinante contributo alla decisione finale. In sostanza, ad avviso dell'Autorità, i profili di imparzialità e di prevenzione dei conflitti di interesse devono essere garantiti anche per le seguenti posizioni: direttore di dipartimento, direttore di distretto, dirigente medico di presidio, dirigente di struttura complessa.

Un aspetto che andrebbe esplicitato all'art. 7 del d.lgs. 39/2013 è che l'inconferibilità riguarda anche le posizioni attualmente ricoperte. Seguendo un'interpretazione strettamente legata alla lettera della norma, infatti, in numerosi casi le amministrazioni hanno prospettato la tesi per cui le cause di inconferibilità - in particolare quelle correlate al precedente svolgimento di una carica politica - non opererebbero in costanza di mandato elettivo. Più precisamente, secondo quanto rappresentato, le inconferibilità atterrebbero solo alle ipotesi in cui gli incarichi siano già cessati, mentre residuerebbe, per le altre ipotesi (conflitto fra gli stessi incarichi di cui uno dei due in corso), soltanto l'applicazione della disciplina in tema di incompatibilità.

Una simile impostazione, tuttavia, appare in aperto contrasto con la finalità della norma che, nel caso della provenienza da organi politici, è quella di evitare che la persona sia scelta solo per tale appartenenza e non per i propri meriti professionali: è di tutta evidenza che la medesima esigenza sussiste non solo in occasione della conclusione del mandato elettivo, ma anche ove lo stesso sia in atto.

Al fine di addivenire alla soluzione applicativa più congeniale alle finalità indicate dal legislatore delegante, questa Autorità ha già più volte affermato che l'interpretazione letterale dell'art. 7 non può essere condivisa. Tuttavia, in assenza di un intervento chiarificatore da parte del legislatore, la descritta modalità applicativa - limitativa del

regime dell'inconferibilità - potrebbe essere mantenuta dalle amministrazioni proprio in ragione della non chiara formulazione dell'art. 7.

Altro aspetto rilevante riguarda la necessità di adottare un criterio coerente per la definizione di "amministratore" negli enti pubblici (economici e non) e negli enti di diritto privato in controllo pubblico. Si tratta, in particolare, della definizione di «incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico», di cui all'art. 1, co. 2, lett. l), del d.lgs. 39/2013, nella quale sono inclusi «gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico». Problemi applicativi correlati alla formulazione della richiamata definizione sono subito sorti in ragione della presenza nel d.lgs. 39/2013 di diversi articoli nei quali, invece, è contenuto un più generico riferimento alla carica di presidente, senza la specificazione relativa alle deleghe gestionali. Il disallineamento testuale si rinviene all'art. 7, ove diversamente da quanto previsto nel già richiamato art. 1, co. 2, lett. l), ai fini dell'inconferibilità si indicano quali cariche di provenienza anche quelle di «presidente o amministratore delegato di un ente di diritto privato in controllo pubblico». Pertanto, sarebbe necessario considerare, ai fini dell'inconferibilità, tutte le posizioni negli organi di governo: non solo presidente e amministratore delegato, ma anche i componenti degli organi collegiali (consigli di amministrazioni o equivalenti, comunque denominati). Soprattutto per la provenienza da cariche politiche, la prassi da interrompere è proprio quella del conferimento di incarichi negli organi collegiali. Una tale soluzione consente di disciplinare in modo più coerente gli incarichi di componente degli organi collegiali di governo di enti pubblici e privati, e di eliminare, per la figura del presidente, il riferimento alle deleghe gestionali dirette, fonte fin qui di equivoci e di interpretazioni contrastanti.

Da considerare attentamente la figura del direttore generale (o equivalente), cui possono essere affidati, in molti enti (come nel caso della RAI), funzioni di amministrazione e gestione molto significative. Potrebbe, invece, essere opportuno graduare i periodi di inconferibilità: più lunghi per le cariche di maggior rilievo (presidente, amministratore delegato, direttore generale, nei casi in cui intorno a questa figura si concentrino forti poteri, di indirizzo e gestionali, consigliere con deleghe gestionali), più brevi per la semplice partecipazione al consiglio di amministrazione.

È stato anche affrontato il tema del necessario coordinamento delle previsioni da un lato del d.lgs. 235/2012 e dall'altro del d.lgs. 39/2013. Si tratta di due decreti attuativi della legge 190 destinati a disciplinare entrambe le conseguenze di condanne penali non definitive, il primo relativamente al regime della sospensione dalla carica di componenti eletti negli organi di governo e il secondo relativamente al regime della inconferibilità di incarichi amministrativi. I due decreti divergono per due aspetti rilevanti: il regime dei reati rilevanti ai fini dell'applicazione delle conseguenze per condanna non definitiva; la inclusione o meno dell'ipotesi del reato tentato.

In materia di individuazione dei reati rilevanti ai fini della permanenza in carica si nota che, da un lato l'art. 3 del d.lgs. 39/2013 prevede una graduazione delle conseguenze in rapporto alla "gravità" dei reati, distinguendo, all'interno dei reati di cui al capo I del titolo II del libro II del *Codice penale*, tra "uno dei reati di cui all'articolo 3, comma 1 della legge 27 marzo 2001, n. 97" (considerati più gravi, tanto che l'inconferibilità in mancanza di una interdizione temporanea è sempre di 5 anni; comma 2) e "uno degli altri reati previsti" dallo stesso capo I (considerati meno gravi, tanto che l'inconferibilità è rapportata - il doppio - alla pena inflitta, co. 3). Dall'altro lato, invece, gli artt. 8 (per la sospensione da cariche regionali) e 11 (per la sospensione da cariche locali) del d.lgs. 235/2012 prevedono la conseguenza della sospensione dalla carica per condanne non definitive per un'ampia serie di reati di cui al capo I, specificamente elencati, ma senza alcuna distinzione, né graduazione in rapporto alla loro "gravità" e indipendentemente dalla pena inflitta. Vista la comune *ratio* delle due normative l'Autorità auspica che il legislatore proceda ad una loro armonizzazione.

Per quanto attiene alle fattispecie dei delitti tentati, come affermato dall'Autorità con l'orientamento 68/2014, il regime delle inconferibilità di cui all'art. 3 del d.lgs. 39/2013 non può estendersi anche alle ipotesi di reati commessi nella forma del tentativo, rientrando nella discrezionalità del legislatore identificare ipotesi circoscritte relative ai soli reati consumati comportanti, quali conseguenze della violazione dei fondamentali obblighi di fedeltà del pubblico dipendente, l'impossibilità di conferire allo stesso dipendente un incarico dirigenziale, ovvero lo svolgimento di una funzione dirigenziale. Sul punto, però, si nota una contraddizione nell'ordinamento, perché mentre il decreto 39/2013, all'art. 3, dispone l'inconferibilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la PA, non prevedendo l'ipotesi dei delitti tentati, il d.lgs. 235/2012 prevede l'applicazione del regime

delle incandidabilità e, per quel che in questa sede rileva, della sospensione dalla carica, anche per i reati tentati (art. 7, richiamato dall'art. 8, per le cariche regionali e art.10 richiamato dall'art. 11 per le cariche locali, anche se il co. 1, lett. c), dell'art. 10 sembra escludere i reati tentati[68]). Anche in questo caso va superato l'attuale mancato coordinamento tra le due normative, rivedendo l'attuale art. 3 al fine di inserire l'ipotesi del reato tentato come causa di esclusione dal conferimento di tutti gli incarichi amministrativi considerati dal decreto 39.

Un'altra esigenza che l'Autorità intravede è quella di procedere ad una razionalizzazione dei poteri di vigilanza, accertamento, sospensione e sanzione dell'ANAC nell'ambito del d.lgs. 39/2013. Per quanto attiene alle inconferibilità, il decreto 39 già riconosce all'ANAC poteri di vigilanza (art. 16, co. 1) e di sospensione della procedura di conferimento degli incarichi (art. 16, co. 2).

Relativamente al potere sanzionatorio, il d.lgs. 39/2013 prevede (art. 18) una sanzione interdittiva (sospensione di tre mesi dal potere di conferire incarichi) di difficilissima, se non impossibile, applicazione. Dal momento che la sanzione interdittiva è considerata automatica, si tratta di individuare l'autorità amministrativa competente a conferire gli incarichi al posto dell'organo sospeso e la disciplina del decreto 39 appare, sul punto, non immediatamente applicabile, con il rischio di dichiarare nullo un incarico e di non consentire una rapida sostituzione. Si potrebbe razionalizzare la disciplina prevedendo di attribuire all'ANAC il potere di: a) accertare le violazioni e di dichiarare nullo il conferimento illegittimo, b) irrogare a coloro che hanno conferito incarichi dichiarati nulli una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra 1.000 e 10.000 euro, disciplinata ai sensi della l. 689/1981, c) irrogare, nei casi più gravi, l'ulteriore sanzione interdittiva della sospensione dall'incarico o dalla carica da uno a sei mesi, d) nominare, nel caso di applicazione della sanzione interdittiva, un commissario *ad acta* per l'effettuazione delle nomine nel periodo di sospensione.

Per attribuire all'Autorità questi poteri, la delega della legge 190 andrebbe integrata, perché si tratta di prevedere una sanzione (quella pecuniaria) non prevista dalla disciplina vigente.

Più incerti sono i poteri di accertamento delle cause di incompatibilità, che il decreto non disciplina, rimettendoli in tal modo alle stesse amministrazioni. In sede di correzione si

[68] Come ricordato poco sopra, la necessità di coordinare il co. 1, lett. c), dell'art. 10 con il co. 1, lett. c), dell'art. 7 è già stata oggetto di segnalazione al Parlamento.

potrebbe stabilire che le amministrazioni chiedono un parere all'ANAC in caso di dubbio sulla situazione di incompatibilità, ovvero che l'ANAC, nell'esercizio della sua vigilanza, possa avocare a sé l'accertamento della incompatibilità in caso di inerzia dell'amministrazione e possa procedere direttamente a diffidare l'interessato alla scelta tra gli incarichi incompatibili. In alternativa, si potrebbe stabilire che l'accertamento è competenza esclusiva dell'ANAC.

Anche la disciplina in materia di incompatibilità andrebbe rivista sotto il profilo sanzionatorio, soprattutto nel caso in cui il potere di accertamento fosse lasciato alle amministrazioni (il problema non si pone se l'accertamento passa alla competenza dell'ANAC). Andrebbe previsto, altresì, un potere di ordine accompagnato da un potere sostitutivo, in caso di inerzia e da un potere sanzionatorio nei confronti dell'amministrazione rimasta inerte. Se si prevede una pena pecuniaria, questa andrebbe prevista, espressamente, con un'integrazione della delega.

13.3 I comportamenti dei funzionari pubblici

La disciplina vigente, che pure ha registrato il notevole progresso dell'introduzione di Codici di amministrazione e dell'attribuzione a entrambe le categorie, il Codice nazionale e i Codici di amministrazione, di una sicura rilevanza giuridica, ai fini dell'applicazione della responsabilità disciplinare, presenta ancora limiti che si sono evidenziati nei primi anni di attuazione.

Il Codice nazionale e la valutazione dei comportamenti dei funzionari pubblici

Il *Codice nazionale*, approvato con d.p.r. 62/2013, non si è rivelato particolarmente innovativo, riproducendo in gran parte il complesso dei doveri già definito nei precedenti Codici di comportamento nazionali (la cui operatività giuridica dipendeva dal recepimento nei contratti collettivi). Ciò è dipeso dal fatto che esso è stato concepito come la sommatoria dei doveri di comportamento, minimi, essenziali, nella prospettiva che i Codici di comportamento di amministrazione avrebbero provveduto a individuare nuovi e ulteriori doveri, coerenti con le peculiarità organizzative e di contesto di ciascuna di esse. Poiché, invece, i Codici di comportamento "locali" hanno in gran parte riprodotto il Codice nazionale con modeste innovazioni, si tratta di rivedere il ruolo del *Codice nazionale*.

In secondo luogo, partendo dalla constatazione che il tasso di attivazione della responsabilità disciplinare resta nel nostro paese anormalmente basso, vanno meglio chiariti i rapporti tra i Codici di comportamento e le sanzioni disciplinari, la cui definizione (quanto a tipologia e procedura applicabile) resta affidata a contratti collettivi del lavoro pubblico nel frattempo non rinnovati a causa dei blocchi disposti dai successivi Governi negli ultimi anni. Spetta, quindi, al legislatore stabilire se mantenere l'attuale equilibrio tra fonti unilaterali (i Codici di comportamento) per la determinazione dei doveri e delle fonti negoziate (i contratti) per la determinazione delle tipologie di sanzione e delle procedure da seguire per l'irrogazione delle sanzioni, ovvero se non sia opportuno riportare a fonte unilaterale (legislativa e regolamentare) l'intera materia. Nell'uno e nell'altro caso devono essere trovati strumenti che semplifichino e incoraggino l'avvio di azioni disciplinari da parte dei dirigenti, al fine di abbassare di molto l'attuale livello di tolleranza verso violazioni dei doveri di comportamento in molte circostanze (e in molte amministrazioni) considerati come "minori" e perciò non perseguite.

Sarebbe, poi, necessaria un'opera di livello nazionale, di affiancamento delle amministrazioni nella valutazione delle diverse tipologie di doveri di comportamento. Si potrebbe pensare ad un'autorità (l'ANAC o altri soggetti) con il compito di esprimere pareri alle amministrazioni (in particolare ai loro UPD) sulla gravità di determinate tipologie di violazioni al *Codice nazionale*, sul modello della *Commission de déontologie de la fonction publique* in Francia, ovvero del *Committee on Standards in Public Life* in Inghilterra.

Il compito è prefigurato nella legge 190 (art. 1, co. 2, lett. d)), ma non ha un impatto significativo sulle amministrazioni, perché l'ANAC può esprimere solo pareri (obbligatori) su "atti di direttiva e di indirizzo, nonché sulle circolari del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione".

La vigilanza dell'ANAC sui Codici di comportamento delle singole amministrazioni

L'ANAC già esercita poteri di regolazione, di vigilanza, di ordine e sanzionatori sull'effettiva ed efficace adozione dei Codici di comportamento della singola amministrazione. Si tratta di meglio precisarli, configurando, in analogia a quanto si è proposto a proposito dei PTPC, un potere sanzionatorio dell'ANAC anche in caso di Codice di comportamento della singola amministrazione non adeguato.

13.4 Il *pantouflage*

L'inconferibilità di incarichi amministrativi per chi provenga da ente privato regolato o finanziato dall'amministrazione che conferisce l'incarico disciplinata dal capo III del d.lgs. 39/2013 e il divieto, a pena di nullità, di assumere incarichi in enti privati per i soggetti (dipendenti, intesi estensivamente ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 39/2013) che abbiano esercitato «poteri autoritativi e negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni» previsto dall'art. 53, co. 16-*ter*, del d.lgs. 165/2001 (introdotto dal co. 42, lett. l), della legge 190/2012 obbediscono alla stessa finalità: evitare, in via preventiva o retrospettiva, i conflitti tra interessi di soggetti privati regolati e finanziati e le decisioni, di regolazione o di finanziamento, di pubbliche amministrazioni. Le definizioni normative, però, sono molto diverse e non facilmente componibili in un quadro unitario. I "poteri autoritativi e negoziali" del co. 16-*ter* sembrano configurare una nozione più ristretta rispetto a quella di "regolazione" adottata ai fini delle inconferibilità.

Pertanto si propone di adottare una formulazione nella definizione delle funzioni di regolazione e finanziamento che possa essere applicata in entrambi i casi e di precisare bene che, per creare un potenziale conflitto di interesse, è sufficiente affidare le funzioni di regolazione e di finanziamento all'ufficio di cui il dirigente è titolare (o al quale il funzionario è assegnato), senza che si debba dimostrare l'effettivo esercizio di tali funzioni. Si consideri che anche il mancato esercizio potrebbe essere dovuto ad un conflitto di interessi.

Per allineare la norma sul *pantouflage* alla nuova definizione di enti di diritto privati regolati e finanziati si dovrebbe adottare, al co. 16-*ter*, una formulazione del tipo: «I titolari di uffici cui sono attribuite, a qualsiasi titolo, funzioni di regolazione e finanziamento di enti di diritto privato nonché i dipendenti assegnati ai medesimi uffici, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione dell'incarico o del rapporto di lavoro, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari delle suddette funzioni. Le funzioni di regolazione e finanziamento rilevanti ai fini del divieto sono definite nella disciplina in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi amministrativi».

13.5 Il *whistleblowing*

Nel predisporre le *Linee guida per la tutela del dipendente che segnala illeciti*, l'Autorità ha registrato e puntualmente segnalato all'interno del documento stesso, tre profili di criticità che meritano una correzione legislativa.

In primo luogo la previsione che vuole la segnalazione del *whistleblower* indirizzata «al proprio superiore gerarchico». Ad avviso dell'Autorità il superiore gerarchico è, nella struttura organizzativa di una PA, il soggetto meno adatto ad occuparsi della segnalazione che, nella stragrande maggioranza dei casi, dovrebbe riguardare proprio le attività dell'ufficio assegnato al superiore gerarchico (il *whistleblower* segnala fatti di cui viene a conoscenza in ragione delle attività svolte). L'Autorità ha già interpretato la legge tenendo conto che, a livello amministrativo, il sistema di prevenzione della corruzione fa perno sul RPC: egli è da considerare quale soggetto funzionalmente competente a conoscere eventuali fatti illeciti al fine di predisporre, di conseguenza, le misure volte a rafforzare il PTPC. Si tratta di chiarire meglio che il destinatario interno delle segnalazioni (ferma restando la possibilità di inviare la propria segnalazione anche a soggetti esterni quale in primo luogo l'ANAC, la Corte dei Conti, l'autorità giudiziaria) deve essere il RPC.

In secondo luogo le citate *Linee guida* segnalano che la normativa vigente non assicura la tutela della riservatezza dell'identità del segnalante una volta che la segnalazione sia inoltrata dall'ANAC, all'Autorità giudiziaria e/o alla Corte dei Conti. Per ampliare la durata della tutela, l'Autorità ha intenzione di promuovere la stipula di protocolli di intesa con le magistrature coinvolte, per definire le modalità di trasmissione più idonee a tutelare la riservatezza delle segnalazioni. In ogni caso la strada maestra resta un chiarimento legislativo.

La terza criticità riguarda la tutela del dipendente che segnala illeciti negli enti di diritto privato in controllo pubblico e negli enti pubblici economici.

Allo stato la legislazione vigente prevede che sia approntata una specifica tutela per la segnalazione di fatti illeciti da parte dei dipendenti pubblici delle amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 165/2001. L'Autorità ritiene, tuttavia, che l'applicazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione di cui alla l. 190/2012 sia da estendere, con espressa modifica della disciplina vigente, anche gli enti di diritto privato in controllo pubblico di livello nazionale e locale, nonché negli enti pubblici economici.

13.6 La disciplina in materia di trasparenza

Dalle attività di vigilanza, consultiva e di regolazione svolte dall'Autorità emergono alcune importanti evidenze.

La lettura combinata dei dati sull'attività consultiva e su quella di vigilanza restituisce un quadro in cui l'attenzione tanto delle amministrazioni che dei cittadini nel percorso di attuazione della disciplina della trasparenza è stata attratta in larga misura dagli aspetti relativi all'organizzazione e, in particolare, dagli aspetti relativi alla distribuzione di cariche ed incarichi.

A questo proposito, se i risultati dell'attività di vigilanza vengono letti alla luce anche di quanto evidenziato dai risultati dell'attività consultiva, appare con chiarezza la tendenza delle amministrazioni ad assumere un atteggiamento di attendismo rispetto alla pubblicazione dei dati relativi a organi di indirizzo politico-amministrativo e consulenti e collaboratori, nonostante il controllo sociale dei cittadini tenda a focalizzarsi proprio su tali dati, come evidenziano i risultati dell'attività di vigilanza su segnalazione. Laddove pubblicati, i dati in questione presentano significative carenze sotto il profilo qualitativo.

Al contrario, il basso livello di pubblicazione dei dati sui procedimenti amministrativi (tipologie e monitoraggio dei tempi procedimentali), abbinato al ridotto numero di quesiti e segnalazioni rispetto a tali obblighi, evidenzia che minore è stata l'attenzione da parte delle amministrazioni e dei cittadini circa l'attuazione della trasparenza come fattore che garantisce la diffusione delle informazioni relative al funzionamento dell'amministrazione. Tale interpretazione è supportata anche dal basso livello di pubblicazione dei dati sui servizi erogati e dal ridotto numero di quesiti e segnalazioni rispetto a tali obblighi.

I risultati dell'attività di vigilanza d'ufficio sulle tipologie di procedimento relativa ai ministeri evidenzia, ad esempio, che dati come quelli relativi ai procedimenti e ai servizi erogati presuppongono un'attività di rilevazione che le amministrazioni riescono a svolgere con tempi molto lunghi. Nel caso dei dati sulle tipologie di procedimento essi sono stati pubblicati in modo completo dalla larga maggioranza dei ministeri solo dopo tre distinte sessioni di verifica condotte dall'Autorità che hanno dato luogo a tre richieste di adeguamento accompagnate dalla pubblicazione degli esiti della vigilanza.

Quanto sopra mette in evidenza che nelle amministrazioni deve ancora penetrare la sostanza del principio della trasparenza quale fattore della buona amministrazione e dell'*accountability* nei confronti della collettività, permanendo invece la tendenza

all'adempimento formale. D'altra parte emerge che l'attività di vigilanza dell'Autorità, se svolta in una logica anche di accompagnamento, può produrre risultati significativi nel percorso di apertura delle amministrazioni.

L'esperienza maturata nel corso del 2014, e dunque a circa due anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 33/2013, la costante attività consultiva, di monitoraggio e vigilanza condotta consentono all'Autorità, grazie anche all'attività della commissione di studio di cui al paragrafo 13.2, di formulare una riflessione sistematica sul d.lgs. 33/2013 per segnalare criticità e necessità di interventi correttivi.

Le principali questioni sulle quali sin da ora si segnalano criticità sono le seguenti.

L'ambito soggettivo di applicazione delle regole sulla trasparenza

In considerazione dei dubbi interpretativi prospettati all'Autorità su più punti del dettato normativo, sarebbe opportuna una rivisitazione di alcuni obblighi di trasparenza disposti dal decreto per chiarirne l'esatta portata. La chiarezza nell'individuazione dei contenuti oggettivi degli obblighi e dei soggetti tenuti a rispettarli incide sull'effettività dell'obbligo e conseguentemente sull'attuazione del principio di trasparenza.

Con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. 33/2013, le modifiche operate con il d.l. 90/2014 all'art. 11, non consentono ancora con chiarezza di individuare i soggetti tenuti al rispetto della normativa. Piuttosto lacunosa è ancora la disposizione relativa alle società, con particolare riferimento a quelle quotate e al concetto di "attività di pubblico interesse" disciplinata dal diritto nazionale e dell'UE.

Stante la generica formulazione di «organi di indirizzo politico» contenuta nell'art. 14 sarebbe utile chiarire in via legislativa i soggetti tenuti ad osservare gli obblighi di trasparenza ivi previsti. Inoltre, il rinvio operato dalla lett. f), del co. 1, dell'art. 14 alle attestazioni e dichiarazioni di cui agli artt. 2, 3, 4 della l. 441/1982 ha comportato dubbi interpretativi derivati dal diverso ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. 33/2013 e della l. 441/1982. Sarebbe quindi opportuno esplicitare le dichiarazioni e le attestazioni che i titolari di incarichi politici sono tenuti a pubblicare sia nel corso del mandato nonché una volta cessati dallo stesso.

L'autorità competente all'irrogazione delle sanzioni

L'esigenza di uno sforzo chiarificatore riguarda anche l'individuazione del soggetto, individuato con un generico rinvio alla l. 689/1981, tenuto ad irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione di specifici obblighi di trasparenza previsti dall'art. 47 del decreto. È fondamentale, quindi, che in via legislativa sia indicato espressamente il soggetto competente affinché il sistema sanzionatorio possa essere effettivo, considerando l'ipotesi di individuare nell'ANAC tale autorità. In tal modo il già riconosciuto potere di ordine sarebbe completato dalla possibilità di sanzionare inadempimenti delle amministrazioni.

Superare alcune ambiguità della normativa vigente

La formulazione di alcune proposizioni normative risulta eccessivamente sintetica con la conseguenza di generare ambiguità nell'attuazione. In tal senso, ad esempio, dovrebbe essere specificato il contenuto dell'art. 39 «Trasparenza dell'attività di pianificazione e governo del territorio» individuando quali sono gli atti riconducibili alla categoria "atti di governo del territorio" e operando un coordinamento dell'art. 39 del d.lgs. 33/2013 con la normativa in materia urbanistica.

Per quanto attiene alla pubblicazione dei dati relativi alla concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e vantaggi economici ai sensi degli artt. 26 e 27 del d.lgs. 33/2013, vista la complessità di individuare le fattispecie concrete da ricondurre all'interno della categoria dei provvedimenti richiamati, e stante la difficoltà di individuare criteri univoci di identificazione dei vantaggi citati, è auspicabile che venga meglio definita la categoria degli atti da pubblicare. Analogamente, potrebbero essere specificate le tipologie di incarichi di collaborazione e consulenza da pubblicare ai sensi dell'art. 15 del decreto.

L'accesso civico

Con riguardo all'istituto dell'accesso civico introdotto dall'art. 5 del d.lgs. 33/2013, sarebbe opportuno precisare se i dati pubblicati per finalità diverse dalla trasparenza, come ad esempio gli atti pubblicati all'albo pretorio, possono essere oggetto di accesso civico. Questo anche al fine di definire i poteri di vigilanza e controllo dell'ANAC alla quale vengono avanzate richieste di interventi volti a sanare la mancata o incompleta pubblicazione di atti o documenti all'albo pretorio *on line*.

Il carattere indifferenziato degli obblighi di pubblicità

Le criticità riscontrate attengono anche al carattere indifferenziato degli obblighi di pubblicità. Essi si applicano, infatti, con analogo contenuto, ad enti e realtà profondamente diversi tra loro, senza distinguerne la portata in ragione del grado di esposizione degli enti al rischio di corruzione, dell'ambito di esercizio della relativa azione o, comunque, delle risorse pubbliche assegnate, della cui gestione l'ente debba quindi rispondere. La differenziazione degli obblighi di trasparenza in ragione delle diverse amministrazioni ed enti renderebbe la disciplina della trasparenza più coerente con la struttura organizzativa e le funzioni proprie di ogni comparto delle amministrazioni e dunque di più chiara interpretazione e facile applicabilità, con un incremento dell'effettività delle norme.

L'Autorità ha già avuto modo di segnalare che «Nel regolare così, in modo identico, situazioni diverse, tali norme rischiano di pregiudicare la ragionevolezza complessiva della disciplina in materia di trasparenza (essenziale invece per il buon andamento e la democraticità dell'azione amministrativa). E questo, con effetti in larga parte disfunzionali rispetto alla stessa esigenza di consentire "forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche", perseguita dallo stesso decreto n. 33» (nota del 30 ottobre 2014 trasmessa al Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione dal Presidente dell'ANAC e dal Garante per la *privacy*).

La sovrapposizione tra obblighi di pubblicazione e comunicazione

Emerge la necessità di operare una revisione del d.lgs. 33/2013 finalizzata a semplificare l'assolvimento degli obblighi di trasparenza evitando sovrapposizioni tra obblighi di pubblicazione e di comunicazione posti in capo ad amministrazioni ed enti. Spesso le amministrazioni e gli enti hanno evidenziato che per diversi dati per cui la pubblicazione è obbligatoria esiste anche un concomitante obbligo di comunicazione degli stessi dati ad una o ad altre amministrazioni (in particolare il DPF e il MEF). I dati in questioni riguardano, in particolare, il personale, gli organi di indirizzo politico-amministrativo, le consulenze e gli incarichi, la contrattazione integrativa, i bilanci, gli investimenti per opere pubbliche, le procedure di gara, gli enti e le società partecipate, il patrimonio immobiliare. È opportuno quindi, anche al fine di creare inutili aggravi procedurali per le singole amministrazioni e enti, individuare i casi in cui sia possibile limitare o ridurre, in

considerazione delle finalità perseguite, la sovrapposizione tra gli obblighi di pubblicazione e quelli di trasmissione, specialmente quando la comunicazione riguardi più destinatari, in un prospettiva di potenziamento e condivisione delle diverse banche dati pubbliche.

La semplificazione degli obblighi di pubblicazione

Sempre in un'ottica di semplificazione potrebbero essere attuati alcuni interventi volti a graduare gli obblighi di trasparenza in relazione al loro impatto sulla spesa dell'amministrazione o dell'ente. Si potrebbero introdurre, ad esempio, soglie che escludano dall'obbligo di pubblicazione gli incarichi di collaborazione o consulenza e gli affidamenti di lavori servizi e forniture di modesta entità. Analogamente si potrebbe incrementare il limite dei 1.000 euro previsto dagli artt. 26 e 27 del d.lgs. 33/2013 per la pubblicazione degli atti di concessione di ogni vantaggio economico attribuito a imprese, persone ed enti per un importo.

La trasparenza e la tutela della riservatezza

A seguito dell'adozione da parte del Garante per la *privacy* delle Linee guida in materia di trattamento dei dati personali effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza (15 maggio 2014), l'Autorità ha evidenziato come sia necessario un intervento legislativo volto a chiarire alcune questioni poste dal d.lgs. 33/2013, quali il riutilizzo dei dati personali e la loro indicizzazione, la durata della pubblicazione dei dati, che presentano specifiche implicazioni per la tutela della riservatezza.

Successivamente, con nota congiunta del 30 ottobre 2014, il Presidente dell'ANAC e della Autorità garante per la protezione dei dati personali hanno segnalato al Ministro per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione che le limitazioni della riservatezza che alcuni obblighi di pubblicità comportano, possono risultare irragionevoli e, come tali, meritevoli di revisione, eventualmente anche in sede di redazione del decreto correttivo del d.lgs. 33/2013, previsto dal d.d.l. n. 1577 «Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», art. 6, «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di anticorruzione, pubblicità e trasparenza». Alla nota ha fatto seguito una tavola rotonda organizzata dalle due Autorità il 18 novembre 2014 per approfondire le questioni aperte con riguardo al rapporto tra trasparenza e *privacy*.

Al fine di contemperare le esigenze di trasparenza con la tutela del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali, ad avviso dell'Autorità il regime applicabile alle informazioni oggetto di pubblicazione e diffusione via web potrebbe essere articolato e graduato anche con riferimento al periodo di pubblicazione, alle modalità di conservazione, alla indicizzazione dei contenuti da parte dei motori di ricerca esterni.

Quanto alle modalità di conservazione, il decreto prevede che i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria siano pubblicati per cinque anni e comunque fino a che gli atti producono effetti e confluiscono, successivamente, all'interno di distinte sezioni del sito di archivio (art. 9, co. 2). La disciplina produce l'effetto finale di una tenuta *sine die* delle informazioni, prima nella sezione "Amministrazione trasparente" e poi in sezioni di archivio del sito. Per limitare l'onerosità di conservare per un tempo illimitato una quantità considerevole e crescente di dati, si potrebbe consentire alle amministrazioni e agli enti di individuare tempi diversificati per il mantenimento della diffusione dei dati, sia in ragione delle diverse categorie sia delle finalità della pubblicazione.

In relazione all'indicizzazione dei contenuti, il d.lgs. 33/2013 prevede che i dati siano indicizzati sui motori di ricerca generalisti nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali e vieta alle amministrazioni di introdurre filtri o altri strumenti idonei a impedire o limitare ai motori di ricerca di indicizzare o effettuare ricerche all'interno delle sezione "Amministrazione trasparente" (art. 9, co. 1). Non possono essere indicizzati, e quindi reperibili attraverso i motori di ricerca, i dati sensibili e giudiziari (art. 4, co. 1), i quali, per la loro intrinseca delicatezza, richiedono forme di conoscibilità più limitate. In fase applicativa, l'indicizzazione oltre un congruo limite temporale comporta inevitabilmente la decontestualizzazione del dato con possibili conseguenze pregiudizievoli nei confronti degli interessati qualora il dato non venga aggiornato. Il regime dell'indicizzazione e rintracciabilità tramite i motori di ricerca web potrebbe essere quindi revisionato stabilendo quali dati, informazioni, documenti pubblicati nella sezione "Amministrazione trasparente" debbano essere resi reperibili tramite i comuni motori di ricerca e quali solo attraverso motori interni ai siti istituzionali delle amministrazioni, comportando dunque l'indicizzazione solo per determinate categorie di dati.

A maggior tutela della riservatezza che alcuni obblighi comportano, andrebbe anche valutata la possibilità di sostituire taluni di questi obblighi di diffusione integrale con la

pubblicazione *on line* in forma riassuntiva e riepilogativa, ferma restando l'ostensibilità dei relativi documenti, anche in forma completa, a chi ne faccia richiesta. Potrebbero quindi essere oggetto di revisione le modalità di pubblicazione dei dati personali relativi alla situazione patrimoniale, con la distinzione tra trasmissione dei dati e loro conservazione da parte delle amministrazioni e degli enti e pubblicazione nei rispettivi siti istituzionali di tali dati in forma riassuntiva e riepilogativa.

Il completamento degli obblighi di pubblicità con il riconoscimento di un diritto di accesso generalizzato

L'individuazione dei limiti dell'attuale modello di trasparenza, fondato quasi esclusivamente su obblighi di pubblicazione di dati e informazioni da parte delle PA ha rafforzato l'opinione di coloro che puntano ad un equilibrato modello di trasparenza nel quale gli obblighi di pubblicazione (anche rivisti e razionalizzati) siano completati dall'introduzione di un diritto di accesso generalizzato, contestualmente alla revisione del d.lgs. 33/2013. Un diritto, riconosciuto a chiunque (senza le limitazioni soggettive previste dall'accesso ai documenti a fini di tutela di cui alla l. 241/1990), di accedere a tutte le informazioni detenute dalle PA e dai soggetti che esercitano funzioni e servizi pubblici. L'adesione al modello FOIA consentirebbe di superare l'attuale *impasse*, per cui l'unico modo per rendere le informazioni conoscibili da chiunque consiste nel disporne (per legge) la diffusione via web (e simmetricamente ogni alleggerimento degli obblighi di diffusione corrisponde ad una riduzione del perimetro del diritto a conoscere). Adottando lo schema FOIA, i cittadini disporrebbero di un differente (e complementare) canale per conoscere quelle informazioni che - per significative ragioni, di varia natura - non si prestano a una diffusione immediata ed omogenea via web, e che pure devono poter essere oggetto di conoscibilità generalizzata.

13.7 La disciplina in materia di sanzioni e sul potere di ordine

In più punti all'interno della parte III si è avuto modo di segnalare specifici casi di sanzioni previste al fine di assicurare il rispetto della disciplina in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza che meritano, ad avviso dell'Autorità, correzioni legislative.

Si richiama qui l'attenzione del Governo e del Parlamento sulla questione, più generale, dei rapporti tra potere di ordine e potere sanzionatorio.

L'Autorità pone grande attenzione all'esercizio del potere di ordinare alle amministrazioni l'adozione di atti, provvedimenti, comportamenti che facilitino l'attuazione della disciplina anticorruzione e trasparenza, perché vede in esso uno strumento molto flessibile, di intervento tempestivo su vicende amministrative, da utilizzare soprattutto in funzione collaborativa. Con l'ordine di introdurre, ad esempio, una determinata misura di prevenzione si aiuta l'amministrazione rimasta inerte forse meglio di un complesso esercizio di poteri sostitutivi; con l'ordine di pubblicare informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria si rendono chiari gli obblighi di legge, per quell'amministrazione e per le altre interessate allo stesso obbligo di pubblicazione.

Perché il potere di ordine sia efficace, però, occorre completarne l'operatività attribuendo alla stessa ANAC il potere di irrogare sanzioni amministrative in caso di mancato rispetto dell'ordine impartito all'amministrazione. Si tratta di un potere sanzionatorio da graduare con attenzione e proporzionalità, di cui, però, appare evidente la funzione di rafforzamento, sia pure in via eccezionale (di *extrema ratio*), dell'intero sistema dei poteri di vigilanza che la legge ha fin qui attribuito all'Autorità.

La presente Relazione è stata stampata il 17 giugno 2015 presso la Tipografia Tiburtini s.r.l.