

Nel corso del 2016, infatti, è proseguita l'attività di contenimento della spesa, avviata a partire dall'emanazione del d.l. 90/2014, che ha consentito di conseguire ragguardevoli risparmi sia nel secondo semestre dell'anno 2014 sia nell'anno 2015. La spesa registrata nell'anno 2015 è stata in linea con gli obiettivi prefissati e ha registrato, rispetto alle previsioni del 2014, una riduzione delle spese di funzionamento superiore al 25%, determinata dai risparmi effettivamente realizzati nel corso del 2014 e del 2015.

In sede di predisposizione del bilancio di previsione per l'anno 2016, è stato necessario tenere in considerazione le esigenze rappresentate dagli uffici per fare fronte alle nuove competenze attribuite all'Autorità nel corso del 2015. Le spese di funzionamento iscritte nel bilancio di previsione 2016 sono state maggiori rispetto al consuntivo 2015 determinando, su base previsionale, un risparmio del 16,18% rispetto al vincolo sulle spese di funzionamento rendicontate nel 2014 e previste dal d.l. 90/2014.

Il bilancio di previsione per l'anno 2016 è stato approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 162 del 22 dicembre 2015. Le spese previste, al netto delle partite di giro, erano pari ad € 56.601.513,00, di cui € 51.736.413,00 di parte corrente ed € 4.865.100,00 in conto capitale, a fronte di entrate, al netto delle partite di giro, pari a € 56.601.513,00 tutte di parte corrente.

Le novità introdotte dal nuovo Codice dei contratti hanno avuto un forte impatto anche sui sistemi informativi dell'Autorità e, in particolare, sulla BDNCP. Si è pertanto reso necessario progettare nuovi interventi di sviluppo e prevedere un adeguamento complessivo dei sistemi in uso, per renderli compatibili con le nuove disposizioni normative.

La l. 225/2016, di conversione del d.l. 193/2016 ha allentato il vincolo di spesa imposto dal d.l. 90/2014 ed ha introdotto l'art. 7-ter (Esenzione dell'Autorità nazionale anticorruzione dal vincolo di riduzione delle spese di funzionamento), secondo cui «A decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, non trova applicazione, nel limite di 1 milione di euro per l'anno 2016 e di 10 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2017, per l'Autorità nazionale anticorruzione, il vincolo di riduzione delle spese di funzionamento di cui all'articolo 19, co. 3, lettera c), del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114».

Tale intervento normativo ha reso più agevole l'attività di pianificazione, nel medio - lungo periodo, degli interventi necessari per rispondere alle nuove ed ulteriori competenze attribuite all'Autorità dalla nuova normativa intervenuta.

Il bilancio consuntivo per l'anno 2016 è stato approvato dal Consiglio dell'Autorità nella seduta del 28 aprile 2017. Sono state impegnate spese per € 59.603.280,95 di cui €

48.021.036,25 per spese correnti ed € 40.378,75 per spese in conto capitale e accertate entrate per € 64.699.654,71, di cui € 53.157.788,65 per entrate correnti. L'esercizio 2016 si chiude con un avanzo di gestione di € 5.096.273,76. Anche per l'esercizio finanziario 2016 è stato garantito il contenimento delle spese di funzionamento previsto dalla normativa di riferimento ottenendo un risparmio di € 11.797.091,07 (20,97%) rispetto al consuntivo 2014.

1.3 Misure per la trasparenza e l'anticorruzione

1.3.1 Il Piano triennale di prevenzione della corruzione

Il nuovo PTPC dell'ANAC per il triennio 2017/2019 è stato elaborato tenendo conto delle trasformazioni della struttura amministrativa conseguenti alle modifiche normative intervenute nel corso del 2016, che hanno attribuito nuove competenze all'Autorità sia nell'ambito dei contratti pubblici che in quello della trasparenza e dell'anticorruzione.

Al fine di assicurare adeguato supporto all'attività del RPCT, è stata confermata la presenza del GdL permanente già istituito nel 2015, composto da personale in rappresentanza delle strutture dirigenziali e integrato con personale di Staff del Presidente e del Segretario Generale, che svolge il compito di una vera e propria “cabina di regia” funzionale nella predisposizione del piano e nel monitoraggio dell'attuazione delle misure in esso contenute.

Come per il precedente, un ruolo importante nella stesura del nuovo PTPC resta affidato ai dirigenti, i quali, detenendo una profonda conoscenza della configurazione dei processi decisionali e dei profili di rischio che possono presentarsi, sono i più qualificati ad identificare le misure di prevenzione più adatte in relazione ai singoli processi.

Tuttavia, gli attori principali della strategia di prevenzione della corruzione sono tutti i dipendenti dell'Autorità, chiamati a partecipare alle varie fasi della redazione del Piano e a perseguire gli obiettivi di trasparenza e di prevenzione della corruzione. Nell'allegato n.1 al PTPC è rappresentato l'esito della mappatura delle attività degli uffici dell'Autorità, mentre, negli allegati n. 2 e n. 3, è riportata la mappatura dei procedimenti amministrativi.

La macro-fase relativa al processo di valutazione del rischio, seguendo le indicazioni metodologiche già attuate nell'ambito del PTPC precedente, è stata caratterizzata dalla massima analiticità, nella consapevolezza che un comportamento a rischio di corruzione, non individuato in fase di mappatura, non può essere valutato nella successiva fase di trattamento del rischio e, dunque, sfugge dal programma di prevenzione.

Sono state, quindi, evidenziate sette categorie di condotte rischiose, con carattere esemplificativo e non esaustivo (uso improprio o distorto della discrezionalità; alterazione/manipolazione/utilizzo improprio di informazioni e documentazione; rivelazione di notizie riservate/violazione del segreto d'ufficio; alterazione dei tempi; elusione delle procedure di svolgimento delle attività e di controllo; pilotamento di procedure/attività ai fini della concessione di privilegi/favori; conflitto di interessi); ad ognuna di esse sono stati ricondotti i singoli comportamenti a rischio evidenziati dagli uffici.

L'ultima fase del processo di gestione del rischio, relativa al trattamento del rischio, è stata finalizzata ad individuare apposite misure di prevenzione della corruzione efficaci nell'azione di mitigazione del rischio e, allo stesso tempo, sostenibili da un punto di vista economico ed organizzativo, oltre che calibrate in base alle caratteristiche specifiche dell'organizzazione.

In merito alle misure di carattere specifico, le matrici di mappatura degli uffici ne contengono un numero significativo, sulla base del principio - in più occasioni espresso dall'Autorità - che i Piani delle amministrazioni dovrebbero concentrare l'attenzione su questa tipologia di misure, allo scopo di consentire la personalizzazione della strategia di prevenzione; inoltre, al fine di evitare che le misure indicate rimangano una previsione astratta, le stesse sono state opportunamente progettate e scadenzate a seconda delle priorità rilevate e delle risorse a disposizione.

Tra le più significative misure generali si ricorda il codice di comportamento dei dipendenti dell'ANAC, adottato con delibera del Consiglio dell'Autorità del 21 ottobre 2015, inoltre, nel corso dell'anno è stato approvato anche il “Regolamento sull'organizzazione e lo svolgimento dei procedimenti disciplinari dell'ANAC”, dopo aver acquisito, tramite consultazione interna all'Autorità, le osservazioni delle organizzazioni sindacali e del personale. Il Regolamento prevede l'istituzione e il funzionamento di un organo collegiale, con un membro esterno (OPD), competente ad avviare, istruire e concludere i procedimenti disciplinari per le infrazioni commesse dal personale dirigente e per quelle di maggiore gravità commesse dal personale non dirigente.

Il Consiglio, infine, ha ritenuto opportuno adottare un codice di condotta anche per il Presidente e i componenti del Consiglio dell'ANAC (meglio descritto al successivo paragrafo 1.3.2).

In tema di rotazione del personale, in esito al processo di riassetto che ha interessato l'Autorità, quasi la metà dei dirigenti hanno cambiato il loro ufficio e oltre un terzo dei funzionari e degli impiegati sono stati assegnati a uffici diversi da quelli di provenienza. La

riorganizzazione è stata effettuata tenendo conto delle professionalità e delle competenze del personale e delle manifestazioni di interesse espresse dal personale stesso in sede d'interpello. Mentre, in merito alle misure di protezione del dipendente che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*), a seguito dell'emanazione delle linee guida emanate dall'Autorità con determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 e, coerentemente con le stesse, è stato attivato un nuovo canale riservato per la trasmissione delle segnalazioni, reso disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità.

Inoltre si sta realizzando un apposito *software* per la gestione informatica delle segnalazioni, che meglio ne garantisce l'efficienza e la riservatezza, il quale verrà reso fruibile in riuso gratuito alle amministrazioni interessate.

Sono state poi sviluppate altre due misure di carattere generale, considerate fondamentali già nel precedente PTPC: la formazione sui temi dell'etica e della legalità e sulla materia di contratti pubblici e le azioni di sensibilizzazione della società civile, in relazione alle quali l'Autorità si è impegnata nella collaborazione con altri enti - Scuola Superiore dell'Amministrazione (SNA) e Università - per la progettazione ed erogazione di attività formative verso l'esterno (cfr. in tal proposito, il paragrafo 2.1.4), come anche nella erogazione di formazione interna, rivolta a tutto il personale dipendente, già avviata nel corso dell'anno 2016.

Ulteriore misura di significativa portata strategica è quella relativa alla informatizzazione dei processi, per la cui attuazione è stato costituito un tavolo di lavoro dedicato, avente come obiettivo l'individuazione dei processi dell'ANAC, la mappatura, la reingegnerizzazione e la definizione dei requisiti funzionali necessari alla loro informatizzazione, anche alla luce delle nuove competenze assegnate dalle disposizioni normative emanate nei primi mesi dell'anno.

1.3.2 Il Codice di condotta del Presidente e del Consiglio

Il particolare ruolo svolto dall'Autorità a presidio della legalità e imparzialità della pubblica amministrazione esige, da tutti coloro che agiscono per suo conto, un comportamento particolarmente rigoroso. Per questo motivo, oltre ad adottare un nuovo codice di comportamento dei dipendenti, in linea con i rinnovati compiti dell'Autorità, il Consiglio, fin dal mese di luglio 2015, si è dotato di un proprio codice di condotta, cui devono attenersi tutti i suoi componenti (Presidente e Consiglieri) nel corso del loro mandato.

Il codice di comportamento dettato per i dipendenti dell'Autorità, infatti, non si applica ai componenti del Consiglio, in ragione della natura onoraria della loro posizione e in assenza di

un rapporto di lavoro subordinato con la medesima Autorità. Ciò non toglie, tuttavia, che gli stessi siano tenuti a svolgere la funzione pubblica di cui sono investiti con uguale disciplina ed onore.

Il codice di condotta del Presidente e dei componenti del Consiglio dell'Autorità, quindi, è ispirato ai medesimi principi di correttezza, lealtà, integrità e trasparenza stabiliti per i dipendenti, ma gli stessi principi sono declinati in termini ancor più rigorosi, in modo da garantire non solo l'indipendenza e l'imparzialità di giudizio di ciascun componente del Consiglio, ma la stessa immagine e il prestigio dell'Autorità.

A tale riguardo, oltre alle prescrizioni derivanti dai regimi di inconferibilità e incompatibilità dettati dalla normativa vigente, sono dettate specifiche stringenti disposizioni in relazione agli incarichi esterni che, oltre a dover essere sempre coerenti con le funzioni proprie dell'Autorità, possono essere svolti solo a titolo gratuito e previa autorizzazione del Consiglio. Per la verifica della corretta applicazione delle disposizioni contenute nel codice di condotta, è stata prevista l'istituzione di un apposito "Comitato dei Garanti", con compiti consultivi e di accertamento, svolti in totale autonomia di giudizio.

Il Comitato è composto da tre membri scelti dal Consiglio all'unanimità, tra magistrati delle giurisdizioni superiori in quiescenza, professori universitari ordinari di materie giuridiche in quiescenza, funzionari dirigenziali di livello generale in quiescenza e avvocati con almeno venticinque anni di esercizio dell'attività.

L'incarico di componente del Comitato dei Garanti è gratuito, salvi i rimborsi delle spese per la partecipazione alle riunioni ed ha la durata di tre anni dalla deliberazione di nomina. Lo stesso incarico può essere rinnovato per una seconda volta, ma non può avere durata superiore al mandato del Consiglio dell'Autorità.

I Garanti sono stati nominati con delibera del Consiglio del 14 dicembre 2016 e il Comitato si è formalmente insediato il 18 gennaio 2017.

Sulla base delle previsioni del codice di condotta è compito del Comitato: a) formulare pareri su tutte le questioni relative all'interpretazione del codice; b) ricevere le segnalazioni su eventuali comportamenti tenuti dal Presidente o da singoli Consiglieri che possano costituire violazione dei doveri nel presente codice; d) accettare i comportamenti segnalati, esercitando tutti i necessari poteri istruttori, potendo disporre ispezioni, audizioni, accertamenti e richieste documentali; e) valutare la gravità delle violazioni accertate.

CAPITOLO 2

La rete dei rapporti dell'Autorità

2.1 I rapporti con le istituzioni nazionali

2.1.1 Le segnalazioni a Governo e Parlamento

Nel 2016 e nei primi mesi del 2017 è proseguita l'attività di interlocuzione con il Governo e il Parlamento, finalizzata a segnalare, ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. g), della l. 190/2012 e dell'art. 213, co. 3, lettere c) e d), del Codice, possibili interventi normativi, per chiarire dubbi interpretativi o superare criticità applicative riscontrate dall'Autorità nello svolgimento della proprie funzioni, tanto nella materia dei contratti pubblici quanto in quelle della prevenzione della corruzione, della trasparenza e del conferimento degli incarichi pubblici.

I maggiori interventi (cinque nel 2016 e due nei primi tre mesi del 2017) riguardano, soprattutto, i contratti pubblici e la trasparenza, anche in conseguenza dell'entrata in vigore del nuovo Codice e delle modifiche alla disciplina sugli obblighi di pubblicazione previsti dalla l. 190/2012 e dal d.lgs. 33/2013 apportate dal d.lgs. 97/2016.

Le segnalazioni sulla disciplina della trasparenza e degli incarichi

Con l'atto di segnalazione n. 1 del 2 marzo 2016, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni sullo schema del decreto legislativo di cui all'art. 7 della legge 124/2015, approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 gennaio 2016 (c.d. Decreto "Madia"), per la revisione e la semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza.

Nel merito delle disposizioni contenute nel citato schema di decreto, l'Autorità ha accolto positivamente le disposizioni relative all'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. 33/2013, nella parte in cui hanno chiarito - e ampliato significativamente - il novero dei soggetti tenuti agli obblighi di trasparenza. Tra questi si annoverano tutte le pubbliche amministrazioni di cui al d.lgs. 165/2001, le autorità amministrative indipendenti, le autorità portuali e le altre autorità di garanzia, vigilanza e regolazione, gli enti pubblici economici, gli ordini professionali e le società in controllo pubblico. Positivamente è stata anche valutata l'attribuzione all'Autorità dei poteri di identificare i dati, le informazioni e i documenti oggetto di

pubblicazione obbligatoria - per i quali la pubblicazione in forma integrale può essere sostituita con quella di informazioni riassuntiva - e di precisare, nell'ambito del PNA, gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione.

Venendo alle proposte di modifica, per migliorare la capacità delle PA di adempiere alle richieste di FOIA si è auspicato di attribuire all'Autorità un potere di *moral suasion*, da esercitarsi d'intesa con il Garante dei dati personali, mediante la formulazione di linee guida tese a fornire, alle amministrazioni, orientamenti per l'adozione di criteri omogenei per la trattazione dell'accesso “universale”. La proposta è stata accolta con l'approvazione del testo definitivo del d.lgs. 97/2016 e, successivamente, l'Autorità ha emanato le linee guida di cui alle delibere n. 1309 e n. 1310 del 28 dicembre 2016, per le quali si rinvia al paragrafo 6.1.

L'Autorità ha poi evidenziato l'opportunità di individuare con formulazioni più chiare e meno generiche gli interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, idonei a limitare l'accesso ai dati e ai documenti delle PA. Ad esempio, i criteri della “politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato” - per quanto attiene alla riservatezza pubblica - e della “protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia” - sulla riservatezza privata - non sembravano delimitare adeguatamente il campo delle esenzioni dall'accesso.

Un altro punto segnalato dall'Autorità ha riguardato la problematicità della previsione del ricorso giurisdizionale come unico strumento di tutela, soprattutto perché può rappresentare un costo non irrilevante, oltre che rappresentare una diversità con il carattere di gratuità che informa la tutela della trasparenza in altri ordinamenti. Al riguardo, si sono proposte, come alternative, quelle di attribuire ad ANAC un ruolo di regolazione della materia o di individuare una rete di soggetti amministrativi, distribuiti sull'intero territorio nazionale e dotati di un certo grado di indipendenza rispetto alle PA, preposti alle decisioni sui ricorsi amministrativi. Si è infine evidenziata la necessità, prima dell'entrata in vigore del FOIA, di prevedere un periodo di adeguamento di un anno, per consentire alle PA di organizzarsi e di formare adeguatamente il personale preposto alla gestione delle richieste di accesso, soluzione questa adottata anche in altri ordinamenti e finalizzata a consentire un effettivo esercizio del diritto. Successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 97/2016, l'Autorità, con la delibera n. 1388 del 14 dicembre 2016, ha emanato un ulteriore atto di segnalazione, per avanzare alcune proposte di modifica al citato testo normativo. In particolare, relativamente al regime sanzionatorio, è stato rilevato che la novella dell'art.47 del d.lgs.33/2013, assegnando all'ANAC il potere di comminare sanzioni nel caso in cui le amministrazioni omettano di pubblicare determinati dati ritenuti di particolare rilevanza, ha superato solo in parte l'incertezza del sistema

previgente, che non aveva individuato, con chiarezza, il soggetto competente all’irrogazione delle sanzioni.

Infatti, il comma 3 del nuovo art. 47, nella parte in cui fa riferimento al potere dell’Autorità di irrogare le sanzioni per i casi di cui al comma 1 (dati sulla situazione patrimoniale, ad esempio), tralascia di attribuire espressamente la competenza all’Autorità anche per le sanzioni di cui ai successivi comma 1-*bis* (ad esempio, per il dirigente che non effettua la comunicazione relativa agli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica) e comma 2 (ad esempio, per gli amministratori societari che non comunicano ai soci pubblici il proprio incarico ed il relativo compenso entro trenta giorni dal conferimento).

Pertanto, nonostante la disposizione sia stata già oggetto di un’interpretazione estensiva, con il Regolamento di cui l’ANAC si è dotata in materia di esercizio del potere sanzionatorio, ai sensi del novellato art. 47, si è comunque ritenuto opportuno proporre di eliminare le parole contenute al comma 3 «di cui al comma 1», al fine di attribuire all’Autorità un potere sanzionatorio generale sulle fattispecie dell’art. 47 ed eliminare ogni incertezza sul punto.

In relazione alla suddetta norma è stata rilevata anche un’altra problematica, relativa alla mancata indicazione del soggetto legittimato a detenere le somme incassate con le sanzioni. Al riguardo, si è segnalata la possibilità che le tali somme restino nella disponibilità dell’Autorità e ciò in analogia a quanto previsto dall’art. 19, co. 6, del d.l. 90/2014, che prevede che restino nella disponibilità dell’Autorità, per le proprie attività istituzionali, le somme relative alle sanzioni comminate per omessa adozione dei PTPC, dei PTI e dei codici di comportamento.

In relazione alla dirigenza, il dato normativo restituisce un diverso regime di trasparenza per la dirigenza amministrativa in generale rispetto a quella sanitaria. In base al nuovo assetto, infatti, mentre per i dirigenti amministrativi sussiste l’obbligo di pubblicare anche le dichiarazioni concernenti la situazione patrimoniale, per la dirigenza sanitaria (direttori generali, direttori sanitari, direttori amministrativi e i responsabili di dipartimento e di strutture semplici e complesse), poiché l’art. 41 del d.lgs. 33/2013 (che disciplina la trasparenza del servizio sanitario nazionale) espressamente richiama, al comma 3, l’art. 15 e non l’art. 14, tale obbligo non è stato previsto.

L’Autorità ha quindi ritenuto necessario segnalare che il richiamo all’art. 15, nell’ambito del primo periodo del comma 3 dell’art. 41 del d.lgs. 33/2013, venga sostituito con il richiamo all’art. 14, così da equiparare gli obblighi per tutti i dirigenti. I dettagli sulle modalità applicative della nuova normativa sono forniti nelle linee guida di cui alla determinazione n. 241 dell’8 marzo 2017, per la quale si rinvia al paragrafo 6.1.

Con riferimento alla disciplina degli incarichi di cui al d.lgs. 39/2013, si ricorda che già con l'atto di segnalazione n. 4 del 10 giugno 2015, l'Autorità ha presentato un prima proposta organica di modifica e integrazione della normativa vigente in materia di inconferibilità e incompatibilità.

Tale atto era stato adottato in vista dell'approvazione dei criteri e principi direttivi della delega per il riordino complessivo della materia, poi eliminata nel corso dei lavori parlamentari relativi al disegno di legge di riforma della PA. Sono state comunque prospettate ben 25 proposte di modifica, alle quali se ne è aggiunta una concernente la tecnica normativa.

Riprendendo i contenuti del citato atto, con la segnalazione n. 1 del 18 gennaio 2017, l'Autorità ha richiesto al Governo e al Parlamento urgenti modifiche alla disciplina del d.lgs. 39/2013, con riferimento allo specifico tema delle c.d. "deleghe gestionali".

L'urgenza dell'intervento, già proposto in precedenza, è stato confermato da un'indagine condotta dai competenti uffici dell'Autorità sull'esito dei procedimenti di vigilanza svolti nella materia delle inconferibilità e incompatibilità degli incarichi. Al riguardo, è infatti emerso che oltre il 38,5% dei casi relativi al periodo 1° gennaio 2015-30 novembre 2016 hanno riguardato proprio la verifica della sussistenza di deleghe gestionali dirette in capo al presidente del consiglio di amministrazione. Si è segnalato come il dato fosse in aumento rispetto al 2015, anno in cui i casi concernenti la sussistenza di deleghe gestionali dirette in capo al presidente di ente in controllo pubblico sono stati il 26,8% di tutti quelli esaminati e riguardanti l'applicazione del d.lgs. 39/2013.

Si è anche segnalato che, del totale dei casi concernenti la verifica delle deleghe gestionali, sempre nel periodo gennaio 2015-novembre 2016, ben il 77% dei procedimenti di vigilanza avviati dall'ANAC nel settore è stato archiviato per assenza di deleghe gestionali dirette.

I dati illustrati sembrano quindi testimoniare l'inefficacia dell'attuale formulazione normativa, la diffusa pratica di modificare gli statuti degli enti al fine di espungere il conferimento di deleghe gestionali al presidente e l'inutilità degli accertamenti attivati dell'Autorità.

L'ANAC, pertanto, ha ritenuto urgente un intervento correttivo da parte del legislatore, volto ad adeguare la definizione di amministrazione di ente di diritto privato in controllo pubblico, di cui all'art. 1, co. 2, lett. e), del d.lgs. 39/2013, al fine di eliminare, per la figura del presidente del consiglio di amministrazione, il riferimento alle deleghe gestionali dirette, ma anche per estendere la disciplina dell'inconferibilità a tutte le posizioni negli organi di governo - includendovi anche i comportamenti degli organi collegiali (consigli di amministrazione o equivalenti, comunque denominati) - nonché del direttore generale. Si è poi auspicata l'introduzione di un idoneo sistema di graduazione dei periodi di inconferibilità, da riferire al

rilievo della carica svolta dagli amministratori nell'ente, secondo quanto già suggerito nella segnalazione n. 4/2015 e di prevedere periodi di “raffreddamento” più lunghi per le cariche di maggior rilievo e più corti per la semplice partecipazione al consiglio di amministrazione.

Le segnalazioni in materia di contratti pubblici

Molteplici sono stati, nel 2016 e nei primi mesi del 2017, gli interventi dell'ANAC volti a richiedere al legislatore modifiche normative nella materia dei contratti pubblici.

Con la delibera n. 376 del 2 marzo 2016, sono state segnalate al Governo e al Parlamento delle criticità sull'impianto normativo relativo all'affidamento dei servizi di pulizia e degli interventi di mantenimento del decoro e delle funzionalità degli immobili delle scuole, con particolare riguardo al ricorso all'istituto giuridico della proroga. Nello specifico, l'ANAC ha riscontrato la reiterazione delle proroghe nel settore dei servizi di pulizia nelle scuole, frutto della stratificazione di numerosi provvedimenti normativi, anche risalenti nel tempo, emanati, sostanzialmente, al fine di tutelare i livelli occupazionali dei soggetti impegnati in progetti di lavoro socialmente utili.

L'Autorità, con il citato atto di segnalazione, ha voluto richiamare l'attenzione sulla necessità di riportare quanto prima il sistema generale degli affidamenti del settore nell'ambito delle ordinarie procedure previste dalla normativa sugli contratti pubblici.

Nel complesso quadro ricostruito, caratterizzato dal perseguitamento del giusto interesse sociale alla tutela dei livelli occupazionali di una specifica categoria di lavoratori, impiegati, prevalentemente, in aree economiche disagiate, non si è potuto, tuttavia, non rilevare come l'affidamento di tali servizi, in deroga alla disciplina nazionale ed europea sugli appalti, ha sottratto al libero confronto concorrenziale commesse pubbliche, anche di rilevanza comunitaria, per un ampio arco temporale. Conferme riguardo il mancato confronto competitivo sono poi venute dal “procedimento 1787 – gare Consip servizi di pulizia nelle scuole pubbliche”, deliberato in data 22 dicembre 2015, n. 25802, con cui l'AGCM ha accertato l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, che ha condizionato l'esito della gara di rilievo comunitario bandita da Consip nel 2012, intesa che è stata poi confermata dal TAR in primo grado e dal Consiglio di Stato in secondo grado.

Con la delibera n. 958 del 7 settembre 2016, l'Autorità ha formulato una proposta di estensione degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari, previsti dall'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia), ai servizi sanitari e socio-sanitari erogati da strutture private accreditate.

Sempre nel 2016, nel settore dei contratti pubblici, l'Autorità ha adottato la delibera n. 1191 del 16 novembre 2016, formulando al Governo e al Parlamento alcune proposte di modifica dell'art. 77 del Codice, relativo al nuovo sistema previsto dal legislatore per la scelta dei commissari di gara.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato la necessità di superare l'attuale previsione di cui all'art. 77, co. 1, di una commissione giudicatrice per il solo criterio del miglior rapporto prezzo/qualità, in quanto anche nei casi di aggiudicazione secondo il criterio del prezzo, del costo fisso o della comparazione costo-efficacia, essendo la competizione incentrata sulla qualità, il soggetto che dovrà esaminare le offerte sarà chiamato a valutare aspetti tecnico-qualitativi. Ciò ha suggerito di prevedere una commissione giudicatrice anche per tali modalità di aggiudicazione.

Un'altra proposta emendativa riguarda la norma dell'art. 77, co. 3, che prevede che la commissione giudicatrice sia composta anche soltanto da membri interni qualora l'appalto sia di valore inferiore alle soglie comunitarie. Su questo aspetto, l'Autorità, nel rilevare che nell'ambito dei lavori pubblici, solo per le opere di importo superiore a 5.000.000 euro, le commissioni devono avere anche un componente esterno, ha segnalato che la disciplina si presenta sicuramente più agevole, ma di gran lunga meno garantista rispetto a possibili condizionamenti degli appalti, tenuto conto che sono moltissime le procedure di affidamento di importo inferiore alla citata soglia.

Una terza aspetto segnalato riguarda la farraginosità del meccanismo derivante dal combinato disposto dei commi 3 e 8 dell'art. 77, per i quali l'ANAC, che in base alla norma cura l'albo dei commissari di gara, prima fornisce alla stazione appaltante la lista dei candidati da sorteggiare e poi riceve dalla stessa la comunicazione dei nominativi estratti a sorte. Al riguardo, l'Autorità ha segnalato di evitare il meccanismo del doppio sorteggio e di prevedere invece un sistema più semplice e rapido per il quale è l'ANAC a fornire direttamente i nominativi sorteggiati.

L'Autorità, infine, atteso che al citato albo potranno iscriversi professionisti non dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ha segnalato l'opportunità che sia preclusiva all'iscrizione all'albo delle commissioni giudicatrici una sentenza di condanna per i delitti contro la PA commessi anche dai privati. La norma attuale, infatti, fa riferimento solo ai reati previsti nel Libro secondo, titolo II, capo I del codice penale, riferito ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, e non anche al capo II che invece riguarda i delitti dei privati.

Nei primi mesi del 2017 l'Autorità ha adottato l'atto di segnalazione n. 2 del 1° febbraio 2017, concernente alcune proposte di modifica della disciplina sul *rating d'impresa* (RI).

Nello specifico, si è innanzitutto segnalato come il dato letterale dell’art. 83, co. 10, del Codice, sembra collegare il RI all’accesso alla gara soltanto per i lavori, escludendo irragionevolmente il suo impiego nei servizi e delle forniture, settore peraltro di rilevanti dimensioni economiche e non meno vulnerabile di quello dei lavori a criticità in fase esecutiva. Sempre in relazione all’art. 83, co. 10, si è osservato che il RI è attualmente basato su un sistema di “penalità e premialità” e pertanto si dovrebbe propendere per una sua applicazione su base volontaria.

Il quadro normativo di riferimento, tuttavia, non fornisce elementi chiari nel senso della volontarietà, al contrario, una lettura sistematica delle disposizioni sembrerebbe far propendere per l’obbligatorietà dell’istituto. L’accesso al sistema su base volontaria consentirebbe inoltre un più consono ed efficace uso del RI in ambiti operativi diversi dal sistema di qualificazione o, più genericamente inteso, dall’accesso alla gara. Al riguardo, si è segnalato che il RI applicato ai soli fini della qualificazione delle imprese rischia di risolversi in un notevole aggravio burocratico non solo per le imprese e le SA ma anche l’Autorità, tenuta alla gestione e alla comunicazione di molti dati rilevanti.

L’Autorità ha dunque prospettato una diversa disciplina del RI che, su base volontaristica e riferita ai tre settori dei lavori, dei servizi e delle forniture, possa prevedere l’utilizzo dell’istituto nell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, includendolo tra gli elementi di cui all’art. 95, co. 13, del Codice, in sostituzione del *rating* di legalità.

In ogni caso, l’Autorità ha segnalato la necessità di un coordinamento del RI con il *rating* di legalità, anche in relazione a quanto alle previsioni contenute nella legge delega 11/2016, con la quale si è imposto, al legislatore delegato, di considerare il *rating* di legalità nella revisione del sistema di qualificazione e non anche di far confluire il *rating* di legalità tra gli indicatori del RI.

L’Autorità ha anche segnalato che, indipendentemente dal suo utilizzo (in fase di ammissione alla gara o in fase di valutazione dell’offerta), andrebbero espunti dalla disciplina dell’art. 83, co. 10, del Codice tutti quegli elementi “spuri” ed estranei alla performance contrattuale passata dell’operatore economico: il riferimento è in particolare alla “capacità strutturale” dell’impresa - peraltro già oggetto di valutazione in sede di qualificazione/ammissione e potenzialmente discriminatoria in relazione ai diversi modelli adottati e alle differenti strutture possedute dalle imprese - e al *rating* di legalità che, come già detto, fa confluire nel RI requisiti di moralità che si sovrappongono ampiamente a quelli di cui all’art. 80.

2.1.2 Le audizioni presso gli organi parlamentari

Nel corso del 2016 e nei primi mesi del 2017, l'Autorità ha avuto diverse occasioni di confronto con gli organi parlamentari su materie oggetto di proposte normative in discussione. Particolare rilievo hanno assunto gli interventi in materia di contratti pubblici, che si sono tradotti nel contributo alla redazione decreto correttivo. Non meno rilevanti risultano le osservazioni espresse in relazione alle recenti iniziative legislative adottate per fronteggiare le esigenze emergenziali conseguenti al terremoto che ha colpito il centro Italia nei mesi di agosto-ottobre 2016 e gennaio 2017. Inoltre l'Autorità è stata chiamata ad intervenire anche con riferimento al delicato e complesso argomento delle società a partecipazione pubblica.

Il Codice dei contratti pubblici

IL 29 marzo 2017, di fronte alle Commissioni riunite Ambiente di Camera e Senato, il Presidente dell'Autorità è intervenuto sullo schema di decreto legislativo recante misure integrative e correttive al Codice.

Nel corso del lungo intervento è stata effettuata un'analisi articolo per articolo delle norme proposte, delle quali sono state evidenziate gli aspetti positivi e i punti critici. Molte delle osservazioni formulate in audizione sono state recepite dal legislatore che ha modificato il testo della norma nel senso suggerito dall'Autorità, come nel caso della previsione della facoltatività del *rating* di impresa e del suo valore premiante in fase di gara.

Tra gli aspetti critici della riforma sono stati evidenziati la previsione della possibilità di affidare le opere di manutenzione sulla base di un progetto semplificato nelle ipotesi di manutenzione straordinaria e l'ampliamento delle ipotesi di ricorso all'appalto integrato, che sembrerebbe consentire un aggiramento surrettizio del divieto introdotto dal legislatore delegato circa l'utilizzo dell'istituto stesso.

Alcuni dubbi sono stati espressi anche in riferimento alla modifica del comma 4 dell'art. 95 del Codice, relativamente ai contratti per i quali può essere utilizzato il criterio del minor prezzo; al riguardo è stato osservato che, se da una parte la modifica appare coerente con i criteri di delega di cui alla lettera ff) dell'art. 1 della legge delega 11/2016, dall'altra, sembra che il legislatore nazionale individui fattispecie così ampie cui è possibile ricorrere al criterio del minor prezzo da comprimere la regola dell'aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV). Di contro, è stata considerata favorevolmente

l'introduzione dell'obbligo di inserire nella determina a contrarre la motivazione circa la scelta del ricorso all'appalto integrato per l'affidamento di lavori ad alto contenuto tecnologico e per quelli per cui ricorrono i presupposti di urgenza. Tale intervento, infatti, consente di operare un controllo sulla scelta discrezionale dell'amministrazione, mitigando l'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto.

Valutazione positiva è stata espressa anche in riferimento alle disposizioni volte a chiarire che il ricorso ad una commissione giudicatrice è obbligatorio tutte le volte in cui si utilizza il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e in relazione alla previsione secondo cui, anche nelle ipotesi in cui i componenti delle commissioni giudicatrici possono essere interni all'amministrazione, il presidente deve essere un soggetto esterno alla stessa.

Con riferimento al Subappalto (art. 105), è stata accolta con favore la scelta di rafforzare il principio di esecuzione in proprio degli affidamenti, prevedendo la possibilità di subappaltare solo nei casi espressamente previsti, sebbene susciti qualche perplessità la previsione secondo la quale - per i lavori - la percentuale del 30% deve essere calcolata sull'importo dei lavori della categoria prevalente e non sull'importo complessivo del contratto. Tale previsione, infatti, amplia l'ambito del subappalto nei lavori, non computandosi nel limite massimo eventuali subappalti riferiti alle lavorazioni delle categorie scorporabili, per i quali dovrà farsi riferimento alla specifica disciplina e, in particolare, ai limiti del subappalto per le opere di cui all'art. 89 co. 11 del Codice (c.d. SIOS).

I nuovi interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016 e del 2017

Il 28 febbraio 2017 si è svolta un'importante audizione del Presidente dell'Autorità innanzi la Commissione Ambiente della Camera dei Deputati, nell'ambito dell'esame del disegno di legge di conversione del d.l. 8/2017 recante “Nuovi interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016 e del 2017”.

Nel corso dell'intervento, sono state considerate positivamente alcune delle scelte operate dal legislatore al fine di garantire interventi più efficaci e più veloci per la realizzazione delle opere di ricostruzione nei territori colpiti dal sisma. Apprezzamento è stato espresso con riguardo alle misure volte ad accelerare il procedimento per l'affidamento degli incarichi ad esperti in materia di prevenzione sismica, scegliendoli tra i soggetti iscritti nell'apposito elenco previsto dall' art. 34 del decreto-legge n. 189 del 2016, sebbene alcune riserve siano state espresse con riferimento alla norma che non chiarisce se sia possibile, al singolo esperto, concentrare più incarichi di importo inferiore a 40.000 euro, conferiti dallo stesso Comune. Con riferimento

alle disposizioni in materia di strutture di emergenza, sono state ritenute condivisibili le deroghe previste alla disciplina del Codice, come il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara per l'affidamento delle opere di urbanizzazione o l'utilizzo del criterio più basso, nella consapevolezza che si tratta di misure eccezionali, circoscritte alle ipotesi considerate dal decreto e che in generale le stesse non sono pienamente adeguate a soddisfare le esigenze del mercato e la tutela della concorrenza.

Disposizioni in materia di servizi di ristorazione collettiva

Il 15 febbraio 2017 il Presidente dell'Autorità è stato auditato presso la Commissione Agricoltura del Senato, con riferimento al disegno di legge (A.S. n. 2327) recante disposizioni in materia di servizi di ristorazione collettiva.

In tale occasione, sono state valutate con favore le disposizioni contenute ai commi 5 e 6 della proposta di legge, volte a rafforzare la scelta, già operata dal legislatore, dell'utilizzo dell'OEPV quale unico criterio di aggiudicazione dei contratti pubblici relativi ai servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica. Perplessità, invece, sono state espresse in relazione alla disposizione normativa oggetto di proposta, secondo cui costituisce indice di anomalia dell'offerta la circostanza che il valore del prezzo risultante dall'aggiudicazione provvisoria sia inferiore al costo medio del pasto determinato annualmente dall'ANAC.

In merito, è stato suggerito di eliminare il riferimento all'elaborazione annuale dei prezzi, rimettendo all'Autorità il compito di effettuare, sempre con cadenza annuale, un aggiornamento dei prezzi esistenti. Tale proposta consentirebbe, infatti, sia di ottenere una verifica costante dell'attualità dei prezzi sia di contenere i costi di elaborazione degli stessi, tenuto conto che i servizi di ristorazione non subiscono cambiamenti particolarmente significativi in tempi molto brevi. Inoltre, è stato proposto di eliminare il riferimento alle specifiche aree territoriali, in quanto la localizzazione geografica è in generale analizzata ai fini della determinazione del prezzo di riferimento e potrebbe astrattamente dare luogo ad una variabile suscettibile di valorizzazione senza essere necessariamente coerente con prezzi medi differenziati tra aree territoriali distinte.

È stato altresì suggerito di prevedere che costituisca indice di anomalia dell'offerta la circostanza che il valore del prezzo risultante dall'aggiudicazione provvisoria sia significativamente inferiore ai prezzi determinati dall'Autorità; solo in tali casi, infatti, l'amministrazione dovrebbe avere l'obbligo di procedere con la verifica di congruità. Infine, con riferimento all'istituzione di un Albo dei fornitori per l'affidamento dei servizi di ristorazione scolastica, assistenziale e ospedaliera, anche sopra soglia comunitaria, è stato

osservato che la previsione non appare condivisibile, in quanto significherebbe introdurre una deroga sostanziale alle procedure ordinarie previste dal Codice. Anche in tal caso, è stata proposta una modifica della norma, in modo da renderla coerente con le disposizioni di cui all'art. 36 del Codice (“contratti sotto soglia”).

Disegno di legge di conversione del decreto legge n. 243 del 2016, recante interventi per la coesione territoriale e il mezzogiorno

Nell'audizione del 18 gennaio 2017 presso la Commissione Bilancio della Camera, il Presidente dell'Autorità si espresso in maniera favorevole rispetto all'impianto complessivo della proposta volta a superare il modello dei Commissari straordinari (ex art. 7, co. 7 del d.l. n. 133 del 2014) e far confluire la loro attività in un Commissario straordinario unico, per la realizzazione e l'adeguamento dei sistemi di collettamento, fognatura e depurazione degli agglomerati urbani, oggetto delle infrazioni n. 2004/2034 e n. 2009/2034.

Alcune osservazioni sono state formulate in relazione alla norma che prevede che il Commissario realizzi, ai sensi dell'art. 134 del Codice dei contratti pubblici, un sistema di qualificazione dei prestatori di servizi di ingegneria, con la predisposizione di un albo di soggetti ai quali affidare incarichi di progettazione, di importo inferiore a un milione di euro e che l'Albo stesso venga sottoposto all'Autorità.

Al riguardo è stato rilevato che la norma, per come formulata, appare poco chiara, anche se è facilmente intuibile la volontà del legislatore di attribuire all'Autorità il compito di vigilare sull'istituzione, sulla formazione e sull'aggiornamento dell'albo, in maniera da garantire la correttezza e la trasparenza delle procedure di gara effettuate dal commissario straordinario e che presuppongono l'utilizzo dello stesso. È stata, pertanto, proposta una modifica al testo della norma, per rendere più chiaro l'ambito di intervento dell'Autorità, posto che la funzione di vigilanza sulla correttezza delle procedure di gara è già una competenza che il Codice attribuisce, in via generale, alla stessa.

Inoltre, è stata rappresentata l'esigenza di chiarire le modalità di trasmissione delle informazioni o “di sottoposizione dell'Albo all'Autorità” e anche la tempistica con le quali dette informazioni dovranno essere trasmesse, affinché l'Autorità possa poi provvedere all'esercizio dell'attività di vigilanza.

Nel corso dell'audizione è stato esaminato anche l'art. 7 del disegno di legge, rubricato “Interventi funzionali alla presidenza italiana del G7 nel 2017” ai sensi del quale gli interventi funzionali alla presidenza italiana del G7 potranno essere affidati ai sensi dell'art. 63 del Codice dei contratti pubblici ovvero mediante ricorso alla procedura negoziata senza previa