

Roma, 15 aprile 2015
Prot. Federutility n. 804/2015/AG/GC/gn
Prot. Federambiente n. 357/GC/dm

Spett. le
Prof. Francesco Merloni
Componente
Autorità Nazionale Anticorruzione
c/o Galleria Sciarra
Via M. Minghetti, 10
00187 Roma

protocollo@pec.anticorruzione.it

Oggetto: Osservazioni Linee Guida ANAC

FederUtility e Federambiente – che raggruppano imprese dei settori idrico, energetico e rifiuti ed hanno recentemente deliberato di fondersi per dar vita ad un nuovo soggetto, Utilitalia, che rappresenterà l'insieme delle imprese di servizi pubblici locali a carattere industriale – da sempre giudicano il tema della misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza come una priorità da sostenere e rafforzare nelle aziende associate e, più in generale, nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, non solo per la miglior cura dell'interesse collettivo che i servizi pubblici sono chiamati a soddisfare ma anche come strumento di crescita degli stessi gestori.

Le problematiche derivanti dall'applicazione alle società partecipate dalla pubblica amministrazione del quadro normativo di riferimento in materia – delineato dalla Legge 190/2012 e dai due decreti delegati (D. Lgs. 33/2013 e D. Lgs. 39/2013) – in considerazione delle peculiarità caratterizzanti sia la natura privatistica delle stesse, sia le attività svolte, hanno indubbiamente creato numerose controversie interpretative.

L'estensione alle società a partecipazione pubblica di alcuni istituti di derivazione squisitamente pubblicistica mal si conciliano con la natura privatistica delle stesse e con le specificità che le contraddistinguono: le aziende aderenti al sistema presentano, infatti, una compagine sociale e delle caratteristiche piuttosto varie (società a partecipazione totale, prevalente e minoritaria di Regioni ed enti locali, società a capitale misto pubblico/privato, società quotate in borsa).

Pertanto, le scriventi Federazioni considerano le linee guida poste in consultazione, per l'ampio spettro dei temi affrontati e per le specificità degli argomenti toccati, un importante contributo nella direzione auspicata, che merita sicuro apprezzamento anche per la tempestività con la quale l'Autorità ha sviluppato una riflessione volta a contemperare i principi e la disciplina legislativa con l'esigenza di implementare l'applicazione delle regole in questione in tutti i contesti ritenuti di pubblico interesse.

In considerazione dell'importanza di addivenire nel più breve tempo possibile ad un quadro giuridico di riferimento stabile e chiaro, che da un lato assicuri un'omogenea e tempestiva attuazione delle prescrizioni recate dalla legge e, dall'altro, consenta alcune condivisibili estensioni dei più importanti istituti introdotti dal legislatore anche a quei soggetti che non ne sono diretti destinatari, tenendo però in adeguata considerazione le specificità degli stessi al fine di non ostacolare – in assenza di obblighi di legge – lo svolgimento delle attività di interesse economico generale, si inviano, di seguito alcune osservazioni che, ripercorrendo gli argomenti e gli spunti elaborati dall'Autorità, costituiscono il contributo delle Federazioni sui singoli temi oggetto di consultazione a corredo di quanto già trasmesso con l'apposito modulo elettronico.

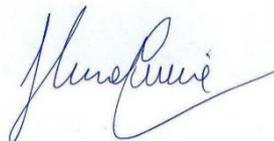
Si allega, inoltre, un breve documento contenente alcune considerazioni generali in materia di anticorruzione e trasparenza formulate da SEFIT, l'associazione che, nell'ambito di Federutility, organizza i gestori di servizi cimiteriali e funebri di competenza delle amministrazioni locali.

Distinti saluti.

Il Direttore Generale
Massimiliano Bianco



Il Direttore
Gianluca Cencia



**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**

- OSSERVAZIONI ALLO SCHEMA DI DELIBERA IN CONSULTAZIONE -

INDICE

PREMESSA	5
OSSERVAZIONI	10
Premessa.	10
2. Le società in controllo pubblico e le società partecipate.....	11
2.1 Le società in controllo pubblico.	13
2.1.1 Il Piano triennale di prevenzione della corruzione.	15
2.1.2 Il Responsabile della prevenzione della corruzione.....	21
2.1.3 La trasparenza	25
2.2.1 Le misure di prevenzione della corruzione.....	27
2.2.2 La trasparenza.	27
6. Disciplina transitoria	29
Allegato 1).	29
Altri temi non trattati dallo schema di delibera in consultazione.	31

PREMESSA

FederUtility e Federambiente – che raggruppano imprese dei settori idrico, energetico e rifiuti ed hanno recentemente deliberato di fondersi per dar vita ad un nuovo soggetto, Utilitalia, che rappresenterà l'insieme delle imprese di servizi pubblici locali a carattere industriale – da sempre giudicano il tema della misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza come una priorità da sostenere e rafforzare nelle aziende associate e, più in generale, nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, non solo per la miglior cura dell'interesse collettivo che i servizi pubblici sono chiamati a soddisfare ma anche come strumento di crescita degli stessi gestori.

Molti degli associati hanno da tempo adottato il Modello di organizzazione ai sensi del D.lgs. 231/2001 e, d'altra parte, come operatori di mercato impegnati nell'attuazione di investimenti, nutrono profondo interesse per le misure concrete in cui si sta traducendo la progressiva valorizzazione della responsabilità sociale dell'impresa, come ad esempio il *rating* di legalità di cui all'art. 5-ter del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012 n° 27, che costituisce oramai per legge presupposto per l'accesso al sistema bancario, o le recenti misure di riforma del sistema della *white list*.

Non è dubbio che l'attuale quadro normativo tratti ancora la corruzione come effetto di una distorsione o di una deviazione solo all'interno della Pubblica Amministrazione, secondo una visione obsoleta che non tiene in adeguata considerazione i processi di esternalizzazione e privatizzazione di molti settori di azione pubblica.

La corruzione è un fenomeno che colpisce il sistema economico a più livelli, riscontrandosi anche nei rapporti fra privati. In tal senso, un ruolo di rilievo nelle fattispecie delittuose potrebbe essere rivestito non solo dai pubblici ufficiali ma anche dagli incaricati di pubblico servizio, nei quali sono ricomprendibili anche alcuni soggetti riconducibili ai gestori di servizio pubblico, siano essi a partecipazione pubblica, mista o del tutto privata (come del resto dato atto dal Group of States Against Corruption – GECO nel Rapporto di valutazione sull'Italia adottato nel 2012).

Sotto questo profilo, si apprezza sia la ricomprensione degli enti regolati e finanziati nell'alveo dei destinatari delle misure recate dal D. Lgs. 39/2013, sia il riferimento a tutte le fattispecie di cui all'art. 2359 cod. civ., operato dall'art. 24-bis, D.L. 90/2014: tali interventi hanno infatti posto l'accento anche sui meri rapporti concessori che, indipendentemente dalla partecipazione della p.a., si traducono comunque in una forma di controllo di fatto. Non vi è dubbio, peraltro, che l'attuale quadro non sia ancora soddisfacente.

La convivenza nel campo dei servizi pubblici di offerta pubblica e offerta privata e la mescolanza di pubblico e privato nei diversi modelli gestionali di origine comunitaria propugna una classificazione funzionale e non ontologica degli assetti, secondo una tendenza che qualifica la struttura in ragione dell'attività e delle condizioni del suo svolgimento e non tanto della composizione della compagine sociale.

In tale ottica, le scriventi Federazioni ritengono essenziale ripartire, in linea con quanto già evidenziato dal PNA, dalla **distinzione fra società strumentali e società gestori di servizio pubblico**, coltivata dal Legislatore mediante la consapevole previsione di un regime differenziato sia sotto il profilo della capacità d'agire sia dei risvolti organizzativi, e colta anche dalla giurisprudenza che ben ha distinto fra società a partecipazione pubblica-amministrazione e società a partecipazione pubblica-impresa (si ricorda, a tal proposito, il dirimente intervento della Corte Costituzionale che, nella disamina dell'art. 13 d.l. 233/2006, convertito in l. 248/2006 s.m.i., riaffermò esplicitamente la legittimità dell'imprenditoria a partecipazione pubblica).

Le norme regolatrici dei servizi pubblici, infatti, prevedono normalmente una distribuzione dei poteri di indirizzo politico e tecnico, vigilanza e controllo fra autorità d'ambito, che esprimono una logica sovracomunale, e/o autorità regolatrici del mercato, che perseguono, fra l'altro, una missione di uniformazione delle condizioni di erogazione del servizio e di attuazione degli investimenti, in ragione della quale si stemperano le differenze fra società *in house providing*, società a totale partecipazione pubblica assegnataria a seguito di gara, società mista o del tutto privata.

In tale ottica, si auspica che Codesta Autorità possa farsi interprete, nella sua veste di organismo indipendente e *super partes*, di una metodologia di analisi più attenta alla dimensione sostanziale che a quella formale dei fenomeni. Un intervento auspicabile, classificabile alla stregua di una sorta di correzione in via interpretativa in attesa della necessaria modifica normativa, può essere quello teso all'assoggettamento di tutti i gestori di attività di pubblico interesse alla medesima disciplina in materia di trasparenza e anticorruzione, insistendo sulla definizione di un patrimonio di informazioni rilevanti da rendere note nonché su forme di prevenzione della corruzione non soltanto graduate, come oggi, sulla maggiore o minore intensità della partecipazione pubblica.

L'individuazione di soluzioni condivise e universali, indirizzate a tutti gli operatori che svolgono attività di pubblico interesse, oltre a garantire una maggiore equità, appare in grado di assicurare in maniera più efficace il rispetto delle regole proprie di uno Stato di diritto. Il coinvolgimento attivo di tutti i soggetti in

un procedimento virtuoso costituirebbe, infatti, un continuo stimolo alla diffusione ed al radicamento di una cultura della legalità, cardine della società civile.

In aggiunta, gli spazi grigi lasciati da una normativa delegata non sempre coerente con la legislazione primaria hanno costituito il terreno per controversie interpretative che, al di là delle reali difficoltà operative, hanno anche fornito l'occasione per pretestuose condotte in grado di ostacolare nei fatti lo svolgimento delle stesse attività di pubblico interesse (cfr. ad esempio, la previsione di cui all'articolo 22, co. 4, D. Lgs. 33/2013) ovvero hanno portato, nei fatti, all'intersecarsi di indirizzi di azione spesso non omogenei rivolti alle società partecipate (in modo particolare nelle in house pluricomunale) dai singoli enti azionisti.

Sulla base dell'attuale quadro giuridico, si plaude, quindi, ad un intervento dell'ANAC, i cui primi frutti si possono cogliere già nello schema di delibera posto in consultazione, volto a definire le cd. informazioni rilevanti; sotto questo profilo l'Autorità ha saputo, infatti, rilevare anche il potenziale effetto distortivo che la trasparenza può segnare quando sia utilizzata quale occasione di tecniche predatorie da parte dei concorrenti rispetto all'assetto organizzativo e tecnico della società sottoposta alla disciplina, ovvero quando l'assoggettamento solo di alcuni operatori alla disciplina (con connessi obblighi di pianificazione, gestione e vigilanza) comporti esclusivamente a carico di questi, gravosi oneri economici ed organizzativi.

Le scriventi Federazioni ritengono, quindi, che Codesta Autorità debba proseguire nel solco della diversificazione fra società strumentali e società di servizio pubblico valorizzando, al contempo, la distinzione fra società dotate del Modello 231 (diffuso fra quelle di tipo industriale per l'ovvia tipologia di rischi che detta attività comporta) e società prive dello stesso.

Le peculiarità sottese all'organizzazione delle società di tipo industriale fanno emergere con chiarezza le evidenti difficoltà di sovrapporre al Modello 231 (e quindi all'organizzazione ed alla vigilanza ad esso conseguenti) il binomio piano di prevenzione per la corruzione/relativo responsabile. Nei lavori preparatori della L. 190/2012, infatti, l'introduzione di tali ultimi istituti era stato giustificato proprio con la volontà di dotare anche la p.a., che ne era invece priva, di un modello simile a quello recato dal D. Lgs. 231/2001.

In tal senso, quindi, occorrerà ripensare ad alcune delle indicazioni operative fornite, in considerazione delle caratteristiche specifiche che, anche in seguito alla riforma del diritto societario del 2003, connotano le società industriali (ad es: privilegiare l'indipendenza e l'autonomia del soggetto vigilante, confermando la possibilità di ricorrere ad organi collegiali anche esterni, anche in considerazione del fatto che le funzioni inerenti detta figura – caratterizzate da una forte complessità e specializzazione – difficilmente possono

costituire patrimonio e regno di una singola ed isolata persona; prevedere un compenso, uno specifico budget ed una delimitazione precisa di compiti e responsabilità – declinate in maniera peculiare per le società nelle quali, com'è ovvio, non possono essere applicati gli istituti propri del pubblico impiego – per il soggetto preposto al controllo, sia esso interno od esterno alla struttura aziendale, anche tramite la predisposizione di schemi-tipo di mandato, validati dall'ANAC).

Nell'ottica di semplificazione, inoltre, possono essere individuate una pluralità di soluzioni alternative, comunque efficaci ed in grado di garantire l'attuazione di misure atte a prevenire i comportamenti corruttivi nelle diverse tipologie societarie. Sotto tale profilo, anche al fine di evitare che intervengano flussi comunicativi separati ed indipendenti o la stratificazione di piani e procedure non interrelati fra loro, con conseguenze negative sulla produttività e pericolose sotto il profilo dei controlli, appare possibile, ad esempio, pensare all'adozione di un documento complementare in quelle realtà che si sono già dotate del Modello 231 ovvero di un documento di pianificazione complessiva che costituisca attuazione delle misure di tutela della legalità ai sensi dell'art. 10, co. 1, lett. b), D. Lgs. 33/2013.

Quale che sia la soluzione, i forti investimenti in materia di prevenzione, economici ed organizzativi, affrontati da molte delle associate in via del tutto volontaria, già a partire dall'emanazione del PNA, invitano a prendere in considerazione una moratoria che consenta agli attuali organi di vigilanza e controllo di completare almeno l'attuale mandato.

Altro intervento di natura transitoria del tutto auspicabile concerne le società attualmente investite da processi di riordino – ai sensi dell'art. 3, co. 27 e ss., L. 244/2007, piuttosto che in virtù del piano di razionalizzazione richiesto agli enti locali ad opera della cd. Legge di Stabilità 2015 (art. 1, co. 611 e ss., L. 190/2014), o ancora a seguito degli adempimenti derivanti dalle novità introdotte nella disciplina settoriale del servizio idrico integrato ad opera dell'art. 7, D.L. 133/2014, convertito con L. 164/2014 – ritenendosi, infatti, necessario consentire ai soggetti risultanti da detti processi un intervallo temporale di almeno 12 mesi dal riassetto per l'adeguamento alle regole di prevenzione.

Da ultimo, in considerazione delle attese novità normative che a breve, in seguito all'adozione del D.d.L. AS 1577 (c.d. Delega per la riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) e soprattutto dei decreti delegati ivi previsti, potrebbero modificare in maniera sostanziale sia la disciplina di cui ai D. Lgs. 33 e 39 del 2013 (cfr. l'art. 6), sia quella in materia di partecipazioni societarie della pubblica amministrazione (cfr. l'art. 12, in combinato disposto con l'art. 14), sia, infine, l'intero quadro giuridico di riferimento dei servizi pubblici locali (cfr. l'art. 12, in combinato disposto con l'art. 15), le scriventi Federazioni ritengono necessario assicurare, quantomeno dal punto di vista Istituzionale – in un contesto giuridico che, in quanto



in divenire, si connota attualmente per una particolare incertezza – un coordinamento sostanziale tra l'ANAC e le principali Autorità che, per quanto di competenza, giocano comunque un ruolo fondamentale nella definizione, anche tramite atti regolatori, del quadro di riferimento (AEEGSI, ART, Garante Privacy, etc.).

OSSERVAZIONI

Premessa.

- In premessa alla pag. 5, secondo capoverso, si dice che *“le linee-guida sostituiscono integralmente i contenuti del PNA in materia di misure di prevenzione della corruzione”*.

Il PNA, peraltro, risulta il caposaldo della politica anticorruzione, la cui adozione, in attuazione di una puntuale raccomandazione proveniente dal The Council of Europe's Group of States Against Corruption, ha costituito uno dei principali obiettivi della L. 190/2012, come emerge sin dalla Relazione Tecnica di accompagnamento del D.d.L. 2156 introduttivo dei Lavori che hanno portato all'adozione della menzionata L.190/2012.

In particolare, occorre rilevare che il PNA è un atto previsto espressamente dalla legge, con il che il suo contenuto può essere modificato soltanto mediante l'adozione di un nuovo PNA che ne sostituisca e/o integri tutti i contenuti, e non mediante altri atti aventi caratteristiche più generali ed astratte.

Tale chiarimento appare particolarmente importante per evitare le probabili incertezze interpretative che deriverebbero dalla stratificazione di atti di contenuto anche solo parzialmente opposto.

- Sempre in premessa, alla pag. 5, si precisa che *“l'applicazione delle presenti linee-guida è sospesa per le società emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e per le loro controllate”*.

Tale affermazione, che lascia sottintendere la concreta possibilità che venga imposta una serie di adempimenti in capo anche alle società quotate, rende quanto mai necessario precisare i contorni all'interno dei quali detti adempimenti possono essere enucleati.

L'art. 22 6° co. d.lgs. 33/2013 s.m.i., infatti, sottrae all'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo appunto le “società partecipate da amministrazioni pubbliche quotate in mercati regolamentati e loro controllate”. Tali obblighi si sintetizzano nella predisposizione e pubblicazione a carico della pubblica amministrazione partecipante di un elenco delle società partecipate contenente le indicazioni di cui all'art. 22 1° co. lett. b) d.lgs. 33/2013 oltreché i dati previsti nel successivo comma 2 della norma e nella istituzione di un link fra l'amministrazione e la società partecipata tale per cui si possano evincere contemporaneamente sui siti web delle due entità i dati relativi a quelle persone

fisiche che, partecipando alla vita del soggetto rilevante ai sensi dell'art. 22 1° co. lett. b) d.lgs. 33/2013, siano però riconducibili al paradigma degli artt. 14 e 15 d.lgs. 33/2013, in quanto operano anche nell'amministrazione di riferimento o comunque nella pubblica amministrazione.

La vastità dei dati richiesti dall'art. 22 2° co. d.lgs. 33/2013 e la loro interazione con la vita aziendale renderebbe del tutto illogico sostenere ad un tempo l'esenzione dell'amministrazione partecipante alla società quotata dall'obbligo di pubblicazione dei dati dell'art. 22 d.lgs. 33/2013 e la eventuale contemporanea sottoposizione della società quotata ai complessivi obblighi di pubblicazione dei dati di cui al d.lgs. 33/2013 che sono, in definitiva, approfondimento dei primi.

2. Le società in controllo pubblico e le società partecipate

- Nel *“definire l'ambito soggettivo di applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di quella in materia di trasparenza alle società pubbliche”* lo schema di delibera fa riferimento anche alle società *“indirettamente controllate dalle amministrazioni pubbliche”*.

Si ritiene necessaria una precisazione tesa a confermare che, al fine di poter considerare tali soggetti tra i destinatari diretti della normativa in esame, sia necessario comunque verificare la contemporanea presenza dei requisiti prefissati dalla legge, ovvero:

- ✓ il controllo (seppur indiretto) ma sempre ai sensi dell'articolo 2359 cod. civ.;
- ✓ lo svolgimento di “attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea”.

In mancanza di una delle condizioni citate non sarà, dunque, possibile ricomprendere dette società tra i destinatari diretti della disciplina in questione solo perché, ad esempio, partecipate da un soggetto tenuto invece all'applicazione della stessa.

In tal senso, infatti, si ricorda che il medesimo D. Lgs. 33/2013, all'articolo 22, comma 5, precisa che *“Le amministrazioni titolari di partecipazioni di controllo promuovono l'applicazione dei principi di trasparenza di cui ai commi 1, lettera b), e 2, da parte delle società direttamente controllate nei confronti delle società indirettamente controllate dalle medesime amministrazioni”*.

Alla luce dell'estensione soggettiva intervenuta nel citato Decreto Legislativo, le società che non rientrino nella fattispecie ora delineata dall'articolo 11, comma 2, lettera b), potranno, dunque, essere esclusivamente destinatarie di indirizzi, da parte delle società direttamente controllate dalla p.a., tesi a promuovere unicamente gli obblighi di trasparenza di cui "ai commi 1, lettera b), e 2" del menzionato articolo 22.

- Il documento posto in consultazione esclude dal novero delle società controllate *"quelle di cui al n. 3 del co. 1 dell'art. 2359 del codice civile, atteso che l'influenza dominante conseguita in virtù di vincoli contrattuali non appare sufficiente per assicurare all'amministrazione un adeguato potere di indirizzo"*.

In realtà, sempre sulla base della norma di cui all'articolo 11, D. Lgs. 33/2013, novellato, tale distinguo non appare consentito. Anzi sotto questo profilo, il Legislatore, come sottolineato in premessa, pare aver compreso che l'elemento di rilievo non appare la misura della partecipazione pubblica del soggetto gestore ma piuttosto la sottoposizione dell'attività di impresa all'intervento organizzatorio di matrice pubblicistica secondo formule che ne denotano l'orientamento verso un fine di interesse pubblico.

Il richiamo all'art. 2359 cod. civ. operato dall'art. 11 2° co. lett. b) d.lgs. 33/2013 s.m.i. ha come effetto la ricomprensione anche della fattispecie prevista dall'art. 2359 1° co. n. 3 cod. civ. che si riferisce all'ipotesi delle *"società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa"*. In tal modo il legislatore ha voluto ricomprendere tale fattispecie tra quelle in cui la pubblica amministrazione è stata, evidentemente, ritenuta in grado di esercitare il necessario potere di indirizzo nei confronti del soggetto controllato che, a sua volta, è stato considerato come potenzialmente a rischio di corruzione proprio in virtù di tali rapporti contrattuali stringenti e privilegiati.

In tale fattispecie normativa, che ben potrebbe essere rapportata in astratto ad un rapporto concessorio, la possibilità di esercitare un'influenza dominante prescinde dal possesso di una partecipazione azionaria e dalla sua entità ed è determinata da rapporti contrattuali tali da porre la società dominata in una situazione di oggettiva dipendenza o meglio, come sottolineato dalla dottrina, *"rilevante ... non è qualsiasi contratto cui consegue una influenza dominante, ma solo quei contratti che, in virtù della loro specificità, facciano pronosticare la dipendenza di una società nei*

confronti della sua controparte contrattuale”. In tal senso, la situazione di due soggetti gestori del medesimo servizio pubblico (*rectius* attività di pubblico interesse) verrebbe parificata a prescindere da ogni ulteriore valutazione in merito alla composizione della compagine societaria.

Si ritiene, pertanto, opportuno un chiarimento teso a confermare, in ottemperanza al dettato normativo, anche la fattispecie di controllo ex art. 2359, co. 1°, n. 3, cod. civ.

- Lo schema di delibera afferma che *“tutte le società, controllate o partecipate, laddove non abbiano ancora provveduto in tal senso, dovranno in ogni caso adottare il modello di prevenzione dei rischi previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001”*.

Tale affermazione contrasta con la *ratio* stessa del D. Lgs. 231/2001 che, come noto, costituisce uno strumento offerto alle società per poter scongiurare i profili di responsabilità amministrativa che lo stesso decreto pone a loro carico.

Pertanto l'adozione del modello di organizzazione e gestione (nel prosieguo MOG 231), lungi dal configurarsi come obbligatoria, assume carattere volontario e facoltativo. Su tale aspetto e sulle possibili soluzioni configurabili in capo alle società si rinvia a quanto più diffusamente esplicitato sub 2.1.1.

2.1 Le società in controllo pubblico.

- Lo schema di delibera, nel tracciare il perimetro delle società controllate, dopo aver esaminato la nozione di controllo ex articolo 2359 c.c., precisa che *“poiché le società sono esposte ai medesimi rischi delle amministrazioni che le controllano, tali rischi sussistono anche in caso di partecipazioni frazionate tra più amministrazioni in grado di determinare una situazione in cui la società sia in mano pubblica. Pertanto, poiché si tratta di un controllo esercitato da amministrazioni pubbliche cui si applica direttamente la disciplina in materia di prevenzione della corruzione, a maggior ragione questa disciplina è applicabile ai soggetti sui quali le amministrazioni esercitano il controllo, seppure in forma congiunta”*.

In considerazione della definizione di controllo enucleata dal codice civile, e di quella di “controllo congiunto” desumibile dal Principio Contabile Internazionale (IAS) n. 31, paragrafo 3, punto 4 – in

base al quale tale fattispecie si sostanzia nella “*condivisione, stabilita contrattualmente, del controllo su un’attività economica, ed esiste unicamente quando per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*” – sarebbe opportuno che l’Autorità chiarisse che il mero controllo analogo, in assenza di vincoli pattizi tra le varie amministrazioni partecipanti alla società, non può in alcun modo integrare il controllo di derivazione civilistica cui la legge ricollega l’applicabilità della disciplina in materia di anticorruzione e trasparenza.

Ulteriore e diverso problema attiene, d’altra parte, al fatto che pacificamente la fattispecie dell’art. 2359 cod. civ. evocata soltanto nell’art. 11 2° co. lett. b) d.lgs. 33/2013 non coincide con la fattispecie del controllo analogo come oramai declinato per legge anche in sede comunitaria (cfr. da ultimo art. 17 direttiva UE 2014/23/UE; art. 12 direttiva 2014/24/UE art. 28 direttiva UE 2014/25/UE del 26 febbraio 2014), il quale presuppone, al contrario, che tutte le Amministrazioni possano esercitare in via autonoma un controllo rispetto all’attività del soggetto partecipato, il che è l’opposto di quanto stabilisce l’art. 2359 cod. civ., che allude invece alla fattispecie del socio tiranno.

Tale osservazione viene svolta non certo per suggerire una sottrazione della fattispecie ma perché riportare le società in controllo analogo alla fattispecie di cui all’art. 11 2° co. lett. b) d.lgs. 33/2013 crea l’evidente imbarazzo di applicare la relativa disciplina affermando di ricadere in una fattispecie che è esattamente il contrario di quella della realtà aziendale relativa.

Il problema è formale e sostanziale insieme in quanto il controllo analogo, ai sensi delle norme ricordate sopra e dell’attuale giurisprudenza, è uno degli indefettibili presupposti per l’esercizio *in house providing* del servizio pubblico.

L’esercizio del controllo analogo, per sua natura, ossia come controllo sull’erogazione del servizio rispetto al territorio della singola amministrazione azionista, di per sé esclude l’influenza dominante di una sola pubblica amministrazione, perché, al contrario, presuppone un rapporto stringente fra ciascuna pubblica amministrazione partecipante alla compagine sociale del gestore ed il gestore medesimo rispetto al servizio svolto per e nel territorio di pertinenza del singolo ente socio.

Prova ne sia che la ricorrenza del controllo analogo prescinde dall’entità della partecipazione di titolarità dell’ente affidante.

Si richiede, pertanto, di precisare espressamente piuttosto che ANAC ritiene che la fattispecie ricorra anche quando interviene il controllo analogo, pur prendendo atto della dizione legislativa.

Si segnala, poi, che, in tale peculiare contesto, proprio in virtù dell'esercizio in via autonoma del controllo da parte degli enti partecipanti, sono presenti difficoltà gestionali, spesso paralizzanti, derivanti dalle frequenti indicazioni sovente di senso anche opposto fornite alla società dai singoli enti partecipanti. Si ricorda che in certi settori, ove le società sono ad aggregazione obbligatoria, come il servizio idrico integrato, gli enti partecipanti sono in molti casi superiori al centinaio.

Sarebbe in tal caso sommamente opportuno un chiarimento che precisasse la necessità che le scelte e gli indirizzi in merito alla disciplina in oggetto vengano adottati e/o validati in base alla *governance* di ciascuna società esclusivamente in seno agli organi che la medesima società abbia già individuato come punto di incontro delle amministrazioni che esercitano ciascuna il controllo analogo (rappresentanze intercomunali, convenzione dei sindaci, assemblea della società stessa, a seconda delle soluzioni scelte).

2.1.1 Il Piano triennale di prevenzione della corruzione.

- A pagina 10 del documento posto in consultazione, si afferma che *“le società in controllo pubblico che abbiano già approvato un modello di organizzazione e gestione della specie di quello disciplinato dal d.lgs. n. 231 del 2001 sono tenute ad integrarlo con l'adozione delle misure idonee a prevenire anche i fenomeni di corruzione e di illegalità all'interno delle società in coerenza con le finalità della legge n. 190 del 2012, come sopra indicate. Tali misure, che devono fare riferimento a tutte le attività svolte dalla società, costituiscono il «Piano di prevenzione della corruzione» della società. Laddove il “modello 231” e il Piano di prevenzione della corruzione siano riuniti in un unico documento, è necessario che siano collocati in due sezioni distinte, al fine di identificare con chiarezza i relativi contenuti, poiché ad essi sono correlate forme di gestione e responsabilità differenti”*.

Come anticipato, l'adozione del c.d. MOG 231 non riveste carattere di obbligatorietà.

D'altra parte, nemmeno il piano triennale di prevenzione della corruzione, a norma di legge, deve essere adottato da parte delle società controllate.

L'obbligo in questione è posto, infatti, dal comma 8, articolo 1, della legge 190/2012 in capo alle pubbliche amministrazioni e non rientra, quindi, tra le prescrizioni (commi da 15 a 33) che – ex comma 34 della medesima disposizione – trovano applicazione anche nei confronti delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni. Anche il PNA, approvato con la delibera n. 72/2013 ANAC, all'allegata Tavola numero 1 circoscrive il perimetro di operatività dell'obbligo di adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione alle "Amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 165/2001". Non fornisce un adeguato supporto legislativo nemmeno l'estensione soggettiva recentemente operata dall'articolo 24-bis del D.L. 90/2014, che come noto ha riguardato esclusivamente le norme in materia di trasparenza di cui al D. Lgs. 33/2013, e non anche quelle in tema di anticorruzione o di incompatibilità ed inconfiribilità.

La precisazione contenuta nella bozza di delibera e riportata *supra*, pertanto, non potrà che interpretarsi in maniera costituzionalmente orientata. Si ritiene, quindi, opportuno un chiarimento che espressamente individui le seguenti due fattispecie, con esclusivo riferimento alle società che gestiscono servizi pubblici:

- ✓ quelle che abbiano già adottato, su base volontaria, il MOG 231, potranno dotarsi anche di ulteriori misure idonee a prevenire fenomeni corruttivi sulla linea di quanto previsto dalla L. 190/2012, adottando un documento complementare (Documento di prevenzione della corruzione, nel prosieguo DPC) al MOG che contenga la mappatura dei reati anche dal lato passivo, nonché degli ulteriori comportamenti e reati ritenuti rilevanti ai fini anticorrittivi (ad esempio evidenziando anche alcuni reati presupposto della 231, quali riciclaggio, autoriciclaggio e la nuova formulazione del falso in bilancio, che, pur non essendo esplicitamente previsti tra i reati contro la p.a., possono essere il presupposto di reati gravi contro di essa);
- ✓ quelle che non ritengano di dotarsi del MOG 231, al fine di prevenire i fenomeni corruttivi adotteranno il solo DPC di cui al precedente punto.

Tale precisazione appare doverosa anche in considerazione delle previsioni del PNA che ha parzialmente esteso la c.d. disciplina anticorruzione alle società "strumentali".

Il PNA, si ricorda, è destinato alle società solo *“per le parti in cui tali soggetti sono espressamente indicati come destinatari”* (cfr. pagina 12 PNA), il che già esclude che si possa parlare di applicazione integrale a tutte le società a partecipazione pubblica.

Per quanto d’interesse, si può sostanzialmente suddividere il novero dei soggetti, diversi dalla pubblica amministrazione, destinatari delle misure in oggetto, in due categorie: gli *“enti di diritto privato in controllo pubblico”*, e le *“società partecipate e [a] quelle da esse controllate ai sensi dell’art. 2359 cod. civ.”*.

Il PNA costruisce, quindi, la nozione di *“ente di diritto privato in controllo pubblico”* e afferma che corrisponde alle *“società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni, sottoposti a controllo ai sensi dell’art. 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi”*.

Tali soggetti coincidono con quelle che comunemente sono definite alla stregua di società *“strumentali”* alla pubblica amministrazione, nozione sostanzialmente distinta da quella di società gerenti servizi pubblici che, per definizione non esercitano *“attività di produzione di beni e servizi a favore a favore delle pubbliche amministrazioni”* bensì forniscono servizi al cittadino/utente. Come già illustrato nelle premesse, tale distinzione corrisponde alla suddivisione tra società a partecipazione pubblica-amministrazione e società a partecipazione pubblica-impresa.

A partire da tali nozioni, il PNA ripartisce in maniera gradata gli obblighi ricadenti su detti soggetti. In particolare, per quanto concerne le società a partecipazione pubblica, diverse dagli enti di diritto privato in controllo pubblico come sopra definiti, gli unici obblighi previsti riguardano quelli in materia di trasparenza (cfr. pag. 35, sub paragrafo 3.1.2, e tavola 3 allegata al PNA). Nessuna indicazione tesa ad estendere gli obblighi c.d. anticorrittivi si rileva, per contro, dalla lettura del PNA o delle relative tavole 1 e 2, che individuano quali *“destinatari delle misure”* esclusivamente le p.a. ex articolo 1, comma 2, D. Lgs. 165/2001 e gli enti di diritto privato in controllo pubblico.

In conclusione, tramite il richiamo agli *“enti di diritto privato in controllo pubblico”*, in cui sono inserite, si ripete, le sole società strumentali, il PNA decreta che soltanto queste ultime sono tenute alla redazione del PTPC o all’implementazione del modello.

- Sempre a pagina 10, con riferimento all'organo di indirizzo delle società controllate dalle pubbliche amministrazioni titolare del potere di adottare il piano, lo schema di delibera precisa che lo stesso sia "individuato nel Consiglio di amministrazione" o "in altro organo con funzioni equivalenti".

Sul punto, richiamando integralmente quanto già anticipato nelle osservazioni sub 2.1 con riferimento alle società *in house providing*, si ritiene opportuno un chiarimento che sancisca in via generale la facoltà dei soggetti interessati di individuare autonomamente al proprio interno, anche sulla base delle previsioni statutarie, quale sia l'organo a ciò deputato, che potrebbe potenzialmente rinvenirsi anche nell'Assemblea dei soci, qualora la stessa si configuri quale organo di indirizzo della società (ad esempio perché le è stato riservato il perseguimento delle finalità di indirizzo politico).

- Le linee guida prevedono che "In caso di società indirettamente controllate, è la capogruppo ad assicurare che le stesse adottino il Piano in coerenza con quello della capogruppo. Solo nei casi di società di ridotte dimensioni in cui non sia individuabile un Responsabile della prevenzione della corruzione, il Responsabile della prevenzione della capogruppo può predisporre il Piano della società controllata e vigilare sulla sua attuazione."

Anche alla luce di quanto evidenziato nelle osservazioni sub punto 2, in merito alla esatta individuazione delle "società indirettamente controllate", e sub punto 2.1.1, con riferimento alla non obbligatorietà dell'adozione del PTPC, si ritiene necessario un chiarimento relativo agli obblighi ricadenti sulla capogruppo:

- ✓ laddove le società c.d. figlie rientrino tra i soggetti direttamente tenuti all'applicazione della normativa in esame, ai sensi di quanto prescritto dall'articolo 11, comma 2, lettera b), D. Lgs. 33/2013, saranno gli stessi organi di indirizzo della società indirettamente controllata gli unici responsabili dell'eventuale adozione del DPC (sul quale cfr. box sub 2.1.1 del presente documento);
- ✓ laddove, invece, le società di secondo livello non rientrino nella fattispecie citata, la capogruppo potrà unicamente promuovere l'applicazione dei principi di cui "ai commi 1, lettera b), e 2" dell'articolo 22.

Sotto tale aspetto, nessun profilo di responsabilità potrà configurarsi nei confronti della capogruppo.

In aggiunta, al fine di incentivare l'adozione del DPC, potrebbe essere utile che l'Autorità promuova all'interno di un gruppo societario, a prescindere dalla dimensione delle società che lo compongono, l'adozione da parte dei singoli organi di indirizzo delle società figlie, del medesimo DPC della capogruppo. In tale ottica di semplificazione, anche il sistema di controllo potrebbe essere unificato e dipendere dalla capogruppo.

In tale ipotesi, con riguardo alle eventuali responsabilità, sulla capogruppo potrebbero ricadere quelle relative all'omessa vigilanza, ovviamente configurabili solo nel caso di volontaria adozione del documento.

Tale opportunità eviterebbe di caricare le società (spesso create per rispondere a precisi dettami di legge o regolatori quali ad esempio l'unbundling) di ulteriori oneri.

- Alle pagine 11 e 12 dello schema di delibera, con riferimento alle misure organizzative necessarie ad assicurare sia che non vi siano *"Inconferibilità specifiche per gli incarichi di amministratore e per gli incarichi dirigenziali"*, sia che non vi siano *"Incompatibilità specifiche per gli incarichi di amministratore e per gli incarichi dirigenziali"*, le rispettive lettere c) prevedono che *"sia effettuata dal Responsabile della prevenzione un'attività di vigilanza d'ufficio, condotta sulla base di una programmazione che definisca le modalità e la frequenza delle verifiche"*.

Al fine di suddividere in base a criteri di ragionevolezza le eventuali responsabilità inerenti la verifica suddetta, si ritiene razionale operare una distinzione a monte tra due fattispecie:

- ✓ in caso di nomina diretta ex articolo 2449 cod. civ., in considerazione dello strettissimo legame tra soggetto nominato e pubblica amministrazione nominante, sarebbe ragionevole attribuire alla p.a. gli obblighi, e le connesse responsabilità, relativi alle verifiche imposte dalla legge in merito alle situazioni di inconferibilità ed incompatibilità (anche in corso di mandato);
- ✓ nelle ulteriori ipotesi, invece, sarebbe compito della società all'interno della quale il soggetto è stato nominato, procedere alle predette verifiche e sopportare le eventuali responsabilità conseguenti.

In entrambi i casi, potrebbe essere inoltre utile che Codesta Autorità promuova l'opportunità di inserire nei relativi bandi di selezione il rispetto dei requisiti soggettivi imposti non solo dal D. Lgs. 39/2013 ma anche da altre disposizioni di legge. In tal modo saranno gli stessi partecipanti alle selezioni che, in maniera trasparente, da un lato verranno informati di eventuali cause ostative all'espletamento del mandato e, dall'altro, si assumeranno consapevolmente, ed a pena di decadenza, la responsabilità delle dichiarazioni allo scopo rese.

Infine, si ritiene opportuno precisare che le incombenze del soggetto preposto all'attività di controllo non possano che essere limitate all'oltro, almeno ogni dodici mesi, di una richiesta di nuova autocertificazione comprovante l'assenza delle cause di incompatibilità previste *ex lege*.

- Riguardo l'*"attività successiva alla cessazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici"*, lo schema di delibera prevede il divieto in capo alle società di assumere "dipendenti pubblici" ai sensi dell'art. 53, c. 16-ter, D. Lgs. 165/2001.

In considerazione della terminologia utilizzata dal legislatore si apprezza la precisazione citata tesa ad operare una distinzione sostanziale tra dipendenti pubblici e dipendenti di diritto privato (ovvero i dipendenti delle società controllate).

- Con riferimento alla *"Rotazione o misure alternative"*, che sottolinea l'efficacia preventiva della rotazione delle figure preposte alla gestione di processi più esposti al rischio di corruzione o della distinzione delle competenze, appare necessario prevedere ulteriori possibilità altrettanto efficaci di prevenzione della corruzione. Tali misure, infatti, non appaiono applicabili nelle società di piccole o medie dimensioni caratterizzate, soprattutto nel presente periodo di spending review, dalla riduzione del numero dei dirigenti e quindi dalla alta specializzazione e conseguente infungibilità di quelli presenti.

Sarebbe, pertanto, opportuno confermare espressamente che la “distinzione delle competenze” ricomprende anche la c.d. “segregazione delle funzioni”, (attuabile, ad esempio, tramite il sistema dei c.d. “doppi controlli”).

2.1.2 Il Responsabile della prevenzione della corruzione.

- Le linee guida, proprio in considerazione della carenza di un obbligo *ex lege* in capo alle società controllate di adottare misure di prevenzione della corruzione, prevedono che le stesse introducano di propria iniziativa e/o delle amministrazioni controllanti, “*le opportune modifiche statutarie*” finalizzate a rendere obbligatoria la nomina del RPC (pagina 13), nonché a definire meccanismi sanzionatori a carico degli amministratori che non abbiano adottato il Piano di prevenzione della corruzione o il Programma della trasparenza (pagina 15).

Al fine di semplificare le procedure e ridurre gli oneri a carico delle società, che dovrebbero convocare assemblee degli azionisti ad hoc e procedere alla revisione di tali atti sopportandone il conseguente onere economico, soprattutto in assenza di una espressa disposizione legislativa, sarebbe preferibile sostituire detta previsione con un impegno a carico dell’Assemblea dei Soci pubblici (la cui maggioranza è espressione della p.a. controllante) di esprimere, attraverso gli strumenti di governance ritenuti congrui, indirizzi vincolanti affinché l’organo amministrativo provveda a tali adempimenti, prevedendo contestualmente le eventuali responsabilità e sanzioni a carico dell’organo medesimo in caso di inottemperanza.

- Nelle linee guida, con riferimento all’individuazione del Responsabile della prevenzione della corruzione “*l’Autorità ritiene che le funzioni di Responsabile debbano essere affidate ad uno dei dirigenti della società*”, che “*nelle sole ipotesi in cui la società sia priva di dirigenti, o questi siano in numero così limitato da poter svolgere esclusivamente compiti gestionali nelle aree a rischio corruttivo, circostanze che potrebbero verificarsi in strutture organizzative di ridotte dimensioni, il Responsabile della prevenzione della corruzione potrà essere individuato in un profilo non dirigenziale che garantisca comunque le idonee competenze. In questo caso, il Consiglio di amministrazione o, in sua mancanza, l’amministratore sono tenuti ad esercitare una funzione di vigilanza stringente e periodica sulle attività del funzionario. In ultima istanza, e solo in casi eccezionali, il Responsabile della prevenzione della corruzione potrà coincidere con un amministratore, purché privo di deleghe gestionali*”, che “*il Responsabile della prevenzione della corruzione non può essere individuato in un soggetto esterno come l’organismo di vigilanza o altro organo di controllo a ciò esclusivamente*

deputato”, e che “nelle società in cui l’organismo di vigilanza sia collegiale e si preveda la presenza di un componente interno, è auspicabile che tale componente svolga anche le funzioni di Responsabile della prevenzione della corruzione”.

Tali affermazioni comportano alcune criticità.

- ✓ Innanzitutto, come evidenziato, molte società si sono già dotate di un Piano di Prevenzione della Corruzione e di un Piano Triennale per la Trasparenza (parte integrante del PPC). In ossequio a quanto indicato nella delibera Civit 72/2013, il PPC è stato introdotto come sezione del c.d. Modello 231, opportunamente integrato al fine di recepire i reati in materia di corruzione, sia dal lato attivo sia dal lato passivo. In altri casi, il documento complementare è stato costruito ai sensi dell’art. 10, co. 1°, lett. b), D. Lgs. 33/2013, quale misura ulteriore di prevenzione della illegalità. Le società hanno, in sostanza, incrementato i flussi informativi già predisposti nel Modello 231 aziendale, in modo da garantire l’attività di controllo dell’Organismo di Vigilanza sia sul piano attivo che passivo che dei comportamenti, utilizzando procedure uniche *double face* e attraverso il ricorso al sistema sanzionatorio collegato alla violazione del Codice Etico, tramite una doverosa implementazione dello stesso. Sempre in ossequio al PNA di cui alla citata delibera Civit 72/2013, il Presidente dell’OdV, o l’intero Organismo in forma collegiale, è stato spesso nominato quale Responsabile Anticorruzione. Il PNA per ragioni di economicità ed efficacia, ha, per l’appunto, previsto che *“gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico di livello nazionale o regionale/locale, devono, inoltre, nominare un responsabile per l’attuazione dei propri piani di prevenzione della corruzione che può essere individuato anche nell’organismo di vigilanza previsto dall’art. 6 del D. Lgs. 231/2001 nonché definire nei propri modelli di organizzazione e gestione dei meccanismi di accountability che consentano ai cittadini di avere notizie in merito alle misure di prevenzione della corruzione adottate e alla loro attuazione”*.

In tale contesto, come già anticipato nelle premesse, sembrerebbe innanzitutto opportuno quantomeno inserire nella disciplina transitoria, come verrà evidenziato anche sub 6, un regime che consenta agli attuali Responsabili Anticorruzione, nominati in coerenza con le direttive emanate dalle istituzioni competenti, di continuare a svolgere il loro incarico per tutta la durata residua del mandato.

- ✓ Inoltre, in via generale, si rileva come per poter svolgere in modo efficace i propri compiti l'RPC deve essere dotato delle essenziali caratteristiche di autonomia, indipendenza, autorevolezza e professionalità, mancando le quali la stessa funzione di controllo viene sostanzialmente vanificata nei fatti.

Il requisito di autonomia non deve essere confuso con quello dell'indipendenza: mentre quest'ultimo pertiene maggiormente all'attitudine mentale e alla forma mentis del soggetto interessato (si è di fronte, quindi, alla relazione psicologico-intellettuale che si instaura tra soggetto controllore e soggetto controllato), il requisito dell'autonomia si concretizza piuttosto nella messa a disposizione dello stesso degli strumenti necessari al suo efficace funzionamento (ci si riferisce, quindi, alle modalità tecniche di espletamento dell'incarico). Quanto all'indipendenza rispetto ai soggetti controllati, essa può essere pertanto conseguita sottraendo chi effettua i controlli alla gerarchia aziendale e ponendolo in una posizione di riporto diretto solo all'organo di indirizzo che lo ha nominato. Il diverso requisito dell'autonomia può, invece, essere perseguito dotando il soggetto di poteri effettivi di ispezione e di controllo, di pieno accesso ai dati e alle informazioni aziendali rilevanti, di un budget adeguato (anche in funzione della propria composizione e delle esigenze della società), di poter disporre della professionalità e dei supporti tecnici necessari per l'espletamento delle funzioni assegnate.

La caratteristica dell'autorevolezza è parimenti collegabile sia all'assenza di sudditanza psicologica e gerarchica nei confronti dei soggetti controllati, sia alla terzietà del soggetto preposto rispetto alle dinamiche societarie. Il requisito della professionalità comporta, infine, la presenza in capo ai soggetti responsabili dei controlli delle competenze e tecniche professionali necessarie per l'efficace svolgimento delle attività richieste.

Sarebbe opportuno, pertanto, in considerazione delle specificità proprie di ciascuna realtà aziendale (che non si sostanziano esclusivamente nelle caratteristiche dimensionali, pur essendo tale fattore di estremo rilievo ai fini dell'organizzazione interna) lasciare alla libera decisione del competente organo di indirizzo l'individuazione della risorsa più idonea allo svolgimento di dette funzioni, sia essa dirigente, dipendente, o soggetto del tutto esterno, anche in forma collegiale.

Per tali motivi, appare auspicabile la conferma espressa della possibilità di individuare il Responsabile Anticorruzione anche nell’OdV o negli altri organismi di controllo già presenti all’interno della struttura aziendale (ad es. collegio sindacale).

In tali ipotesi, al fine di poter correttamente individuare i profili sanzionatori riconnessi al mancato svolgimento delle funzioni assegnate – che non possono in alcun modo essere rinvenuti in quelli di cui alla legge 190/2012, riferibili esclusivamente ai dipendenti pubblici – nel caso in cui venisse nominato un soggetto interno si potrà far riferimento a quanto previsto dalle linee guida a pagina 14, ove si suggerisce di declinare nel provvedimento di conferimento dell’incarico “gli eventuali profili di responsabilità disciplinare e dirigenziale” sulla base di quelli previsti nei rispettivi contratti collettivi applicati in azienda. Nel caso in cui, invece, fosse nominato un soggetto esterno, anche in forma collegiale, basterà integrare il contratto con apposite clausole che prevedano puntualmente le responsabilità connesse allo svolgimento dell’incarico e le conseguenze per lo più economiche derivanti dall’omessa attività di controllo, come del resto hanno già fatto buona parte delle aziende che hanno optato per tale soluzione.

Infine, sarebbe opportuno prevedere, oltre ai profili di responsabilità del Responsabile della prevenzione della corruzione, anche le eventuali conseguenze derivanti dall’inadempimento dei Referenti delle aree esposte a maggior rischio di corruzione agli obblighi di applicazione delle misure anticorruptive. In tal senso, le associate hanno in certi casi già previsto tale aspetto mediante l’implementazione del Codice Etico ed appositi paragrafi del documento complementare.

- Il documento in oggetto prevede da un lato che con l’atto di conferimento dell’incarico all’RPC, vengano anche attribuiti “*funzioni e poteri idonei e congrui per lo svolgimento del ruolo*” e, dall’altro, che “*dall’espletamento dell’incarico non può derivare l’attribuzione di alcun compenso aggiuntivo, fatto salvo il solo riconoscimento, laddove sia configurabile, di eventuali retribuzioni di risultato legate all’effettivo conseguimento di precisi obiettivi predeterminati in sede di previsioni del Piano di prevenzione della corruzione, in coerenza con i suoi contenuti, e fermi restando i vincoli che derivano dai tetti retributivi normativamente previsti e dai limiti complessivi alla spesa per il personale*”.

Considerato il delicato compito organizzativo e la mole di adempimenti e controlli di pertinenza del RPC, sarebbe auspicabile che l’Autorità – in linea con quanto previsto con riferimento alle p.a. – confermasse esplicitamente anche nell’ambito delle società in controllo pubblico la necessità di assicurare allo stesso un adeguato supporto, mediante assegnazione di appropriate risorse umane, strumentali e finanziarie, nei limiti delle disponibilità di bilancio.

Per quel che concerne, poi, la debenza di un eventuale compenso da riconoscere per l’incarico bisogna innanzitutto considerare che tale ruolo comporta sicuramente una serie di oneri e responsabilità che lo giustificano. Riguardo alla compatibilità di tale compenso con l’autonomia del soggetto nominato, si ritiene che questa, in linea di principio, sia maggiormente garantita dall’onerosità dell’incarico assegnato, piuttosto che dalla gratuità del medesimo.

In tal senso, la previsione delle linee guida che fa riferimento ad una retribuzione di risultato, ben può essere declinata anche in caso di individuazione di un soggetto esterno, tramite la fissazione di un compenso aggiuntivo per le attività assegnate in qualità di RPC.

In ultimo, come già precisato *supra*, sempre al fine di garantire l’indispensabile autonomia all’RPC appare necessario dotarlo di un budget proprio, nell’ottica di assicurare e rendere effettivo il potere di controllo e soddisfare ogni esigenza necessaria al corretto svolgimento dei suoi compiti.

2.1.3 La trasparenza

- Lo schema di delibera non definisce esattamente quali siano le caratteristiche per individuare le “attività di pubblico interesse”, demandando ai singoli enti o società l’onere di indicare, *“all’interno del Programma per la trasparenza, quali attività non sono di pubblico interesse regolate dal diritto nazionale o dell’unione europea”*.

Andrà peraltro chiarito che l’espressione ora riportata si intende nel senso che Codesta Autorità considera opportuno che le singole società, laddove ritengano che una delle attività individuate come “di pubblico interesse” dalle linee guida in esame (“sono certamente da considerarsi attività di pubblico interesse quelle qualificate come tali da una norma di legge o dagli atti costitutivi e dagli statuti degli enti e delle società e quelle previste dall’art. 11, co. 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, ovvero le attività di esercizio di funzioni amministrative, di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche, di gestione di servizi pubblici” “Data la natura di alcune attività espressione di funzioni strumentali, ad esempio di acquisto di beni e servizi ovvero di svolgimento

di lavori e di gestione di risorse umane e finanziarie, si presume che le stesse siano volte a soddisfare anche esigenze connesse allo svolgimento di attività di pubblico interesse”) non rientrino, nel caso specifico, in detta definizione, possano indicare tale differente qualificazione nel regolamento che disciplina l’accesso civico.

Tale conclusione appare, infatti, in linea con la delimitazione operata dall’articolo 11 del D. Lgs. 33/2013 che, al comma 2, lettera b), circoscrive alle attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto nazionale o dell’Unione europea l’applicabilità delle norme sulla trasparenza nelle società controllate.

Nel caso in cui, poi, Codesta Autorità ritenesse necessari chiarimenti in merito a tale diversa classificazione potrà sempre chiederne conto direttamente alla società interessata, in modo da valutare in contraddittorio con essa le motivazioni sottese alla scelta.

- Lo schema di delibera richiede, poi, a ciascuna società di individuare, *“all’interno dei propri sistemi di controllo, un soggetto che attesti l’assolvimento degli obblighi di pubblicazione analogamente a quanto fanno gli Organismi indipendenti di valutazione per le amministrazioni pubbliche ai sensi dell’art. 14, co. 4, lett. g), del d.lgs. n. 150/2009”*.

Parrebbe decisamente dispendioso, allorquando si è provveduto alla nomina di un Responsabile per la Trasparenza dotato di piena autonomia e proposto alla vigilanza dell’adempimento delle prescrizioni in tema di trasparenza, che sia presente un altro soggetto interno a cui affidare l’assolvimento degli obblighi di trasparenza con le modalità previste nell’articolo 14 comma 4 lett g) del D.Lgs n. 150/2009 per gli OIV. L’attività degli OIV è agganciata al cosiddetto “Piano della performance” previsto nel D.Lgs n. 150/2009 per le pubbliche amministrazioni: detto piano non trova rispondenza per le società controllate da pubbliche amministrazioni. Le stesse, inoltre, si fondano su responsabilità di diritto privato che non rendono configurabile la presenza di un soggetto terzo deputato esclusivamente ad attestare l’assolvimento di obblighi posti in capo ad altri.

La proposta summenzionata appare, poi, poco efficiente rispetto al sistema di prevenzione che si vorrebbe costruire. La scelta di procedere a soluzioni interne rappresenta, per le società già dotate di modelli 231 e di un OdV, un’ulteriore duplicazione che rende ancora più difficoltoso e complicato

il coordinamento dei flussi informativi e la predisposizione di processi di prevenzione e controllo trasversali ai modelli 231 e al PTPC.

In alcune società si rischierebbe, in concreto, di avere nella migliore delle ipotesi: un MOG, un ODV (a struttura probabilmente collegiale), un PTPC, un RPCT e infine un soggetto interno le cui caratteristiche non sono meglio precisate. Se poi si dovesse considerare che il Responsabile della Prevenzione della Corruzione può essere soggetto diverso da quello per la Trasparenza allora bisognerebbe concludere che piuttosto di un sistema di prevenzione ci troveremo innanzi la proposta di un gigantesco *moloch* burocratico di funzioni all'interno del quale i flussi informativi e i processi decisionali e di intervento difficilmente potranno essere coordinati e armonizzati.

Non si ritiene condivisibile, pertanto, la proposta, in assenza di una previsione normativa in tal senso, di introdurre altri adempimenti e ulteriori duplicazioni di figure e funzioni. Potrebbe, peraltro, efficacemente ipotizzarsi un ruolo di Codesta Autorità in tal senso che, nell'esercizio dei poteri attribuiti dalla legge, vigili circa la corretta e completa attuazione degli obblighi di trasparenza posti in capo alle società di diritto privato.

2.2.1 Le misure di prevenzione della corruzione

Sugli ipotizzati obblighi di adozione del MOG 231 e sulle concrete modalità con le quali eventualmente adottare il documento complementare contenente le misure di prevenzione della corruzione si intendono qui integralmente richiamate le osservazioni già formulate con riferimento alle società controllate ex art. 2359 cod. civ. (cfr. osservazioni sub 2.1.1)

2.2.2 La trasparenza.

- L'Autorità, in ottemperanza al disposto di cui all'articolo 11, comma 3, D. Lgs. 33/2013 che riprende quanto già sancito per tutte le società dall'articolo 1, comma 34, L. 190/2012, ricorda che *“alle società partecipate si applicano le sole regole in tema di trasparenza contenute nell'art. 1, commi da 15 a 33, della legge n. 190 del 2012, limitatamente «all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea»”*.

Su tali disposizioni appaiono necessari alcuni ulteriori chiarimenti. In particolare:

- ✓ Si richiede di assicurare la pubblicazione nei propri siti web delle informazioni “*relative ai procedimenti amministrativi (art. 1, co.15, L. n. 190/2012), ivi inclusi quelli posti in deroga alle procedure ordinarie (art. 1, co.26)*”.

Si ritiene opportuno chiarire se tra i procedimenti amministrativi in deroga alle procedure ordinarie debbano farsi rientrare tutti quei provvedimenti di proroga dei contratti pubblici di appalto, nei quali viene definita ed indicata l’istruttoria e le motivate ragioni che hanno portato a propendere per un’estensione temporale del contratto, in deroga alla norma che sancisce l’obbligo, qualora la società abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione di cui al contratto d’appalto principale oramai giunto in scadenza, di indire una nuova procedura di gara in conformità alle norme sancite dal Codice degli appalti.

- ✓ Si richiede, poi, la pubblicazione delle informazioni relative “*alla scelta del contraente per l’affidamento di lavori, forniture e servizi [...]*”.

Anche qui appare opportuno un chiarimento in merito alla necessità di far rientrare nelle predette informazioni anche gli atti prodromici che hanno istruito e supportato la decisione della società di individuare il contraente cui affidare lavori, servizi e forniture, mediante procedure di affidamento diretto senza previa indicazione di una procedura di tipo concorrenziale, nonché le delibere a contrarre (o provvedimento equivalente), tenuto conto, altresì, del combinato disposto degli artt. 55 e 206 del D. Lgs. n. 163/2006 con riferimento ai settori speciali.

Sarebbe auspicabile, infine, che l’Autorità specificasse le informazioni da pubblicare – ai sensi dell’articolo 1, comma 15 citato – relativamente ai procedimenti amministrativi, ai costi unitari (con specifico riferimento anche a quelli inerenti il servizio idrico integrato) nonché alle autorizzazioni o concessioni (ex art. 1, comma 16).

- Le Linee Guida prevedono, poi, anche per le società partecipate, che ciascuna di esse individui “*al proprio interno, una funzione di controllo e di monitoraggio degli obblighi di pubblicazione, anche al fine di attestare l’assolvimento degli stessi*”.

Sul punto si intendono qui integralmente richiamate le osservazioni effettuate sul medesimo tema sub 2.1.3.

6. Disciplina transitoria

- Come già anticipato nelle premesse alle presenti osservazioni,

si ritengono necessarie due precisazioni:

- ✓ la prima volta a mantenere espressamente i sistemi di controllo su base volontaria già adottati dalle società nonché a consentire agli attuali Responsabili Anticorruzione, nominati in coerenza con le direttive emanate dalle istituzioni pro tempore competenti, di continuare a svolgere il loro incarico per tutta la durata residua del mandato;
- ✓ la seconda attiene all'opportunità di effettuare un riferimento esplicito alle probabili modifiche societarie attese nel breve periodo, sia in ottemperanza al disposto di cui all'articolo 1, commi 611 e ss., L. 190/2014, ed alle altre procedure di riordino, sia in ossequio alle norme generali e settoriali che obbligano alla gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica in ambiti territoriali ottimali. Su tale punto, infatti, soprattutto in considerazione della mancanza di obblighi di legge che impongono alle società potenzialmente interessate da detti processi aggregativi l'adozione di misure in materia di anticorruzione, sarebbe auspicabile che Codesta Autorità valutasse anche i rilevanti profili di spesa derivanti dalla duplicazione delle medesime attività in un lasso temporale molto breve (prima da parte delle singole società e poi da parte del nuovo soggetto risultante dalle aggregazioni), concedendo un termine di almeno 12 mesi dal momento dell'avvenuto riassetto societario, per l'adeguamento alle regole di prevenzione.

Allegato 1).

- Punto 2) *"Pubblicità dei compensi sugli incarichi di collaborazione e consulenza (art. 15, co.1, lett. d), D. Lgs. 33/2013)".*

In considerazione degli obblighi di pubblicità già derivanti dall'applicazione della normativa recata dal D. Lgs. 163/2006, si ritiene dispendiosa e poco efficiente la duplicazione della pubblicazione delle medesime informazioni in quella sede già contemplata. La disciplina del D. Lgs. n. 163/2006, infatti,

sostanzialmente impone – fatta eccezione per pochi casi residuali e disciplinati – a tutte le società controllate da pubbliche amministrazioni di acquisire beni, servizi, anche non riconducibili ad attività di pubblico interesse, utilizzando le procedure selettive previste nel codice degli appalti.

Peraltro la categoria delle collaborazioni e della consulenza non sembrano trovare cittadinanza nel predetto D. Lgs. n. 163/2006 che conosce la sola categoria dei “servizi” con eccezione per quella residuale dei cosiddetti “settori esclusi”. Risulta altresì estranea alla norma qualunque distinzione degli affidamenti di incarichi per lavori, servizi e forniture basata sulla presenza o meno dell’attività di pubblico interesse.

L’applicazione in combinato disposto delle norme selettive del codice dei contratti pubblici, a cui deve seguire obbligatoriamente la richiesta del CIG in ossequio all’articolo 3 della L. n. 136/2010, e la costruzione del file xml previsto dalla delibera AVCP n. 23/2013 in attuazione dell’articolo 1 comma 32 della L. n. 190/2012, attrae nella categoria dei “servizi” tutti gli affidamenti dei cosiddetti incarichi di collaborazione e di consulenza che non risultano appartenere ai settori esclusi.

Pertanto, in luogo di introdurre un distinguo basato sulla sussistenza o meno di attività di pubblico interesse per collaborazioni o consulenze di natura privatistica di tipo commerciale e svolte in regime concorrenziale, l’Autorità potrebbe specificare ulteriori e meglio precisati obblighi di trasparenza attinenti le tipologie di incarico che il codice degli appalti esclude dalla sua applicazione.

In linea generale, quindi, potrebbe essere opportuno prevedere due distinte fattispecie:

- ✓ gli incarichi di importo superiore a 40.000 Euro soggiaceranno agli obblighi di pubblicità come previsti e disciplinati dal D. Lgs. 163/2006;
- ✓ gli incarichi di importo inferiore a 40.000 Euro potranno essere pubblicati in modalità aggregata annuale e cifrata, al fine di garantire il contemperamento delle esigenze di trasparenza con la necessaria riservatezza dei dati personali e delle strategie aziendali. In tale caso, ovviamente, in ossequio a quanto previsto dall’articolo 1, comma 34, L. 190/2012, e dall’articolo 11, D. Lgs. 33/2013, la pubblicazione riguarderà esclusivamente quegli incarichi connessi ad attività di pubblico interesse.

Nel caso in cui, poi, Codesta Autorità ritenesse necessaria l'assunzione integrale delle informazioni in oggetto, potrà avanzare una richiesta in tal senso alla società interessata.

Le medesime considerazioni svolte in merito agli incarichi di importo inferiore a 40.000 Euro valgono per quanto concerne quelli che, non essendo qualificabili alla stregua di appalti di servizi, esulano dall'applicazione del D. Lgs. 163/2006.

Inoltre, si richiede una esplicita conferma in merito alla non ricomprensione nelle fattispecie di cui al presente punto 2) dei mandati *ad litem* di volta in volta affidati ad avvocati esterni alla società, nonché degli incarichi professionali e di quelli conferiti per l'espressione di un parere "altamente specialistico" (posto che tale ultima fattispecie viene da taluni equiparata all'incarico per servizi di patrocinio legale che non risulterebbe ricompreso in tale obbligo). Si ricorda, sotto questo specifico profilo, che esistono anche problematiche di riservatezza ai fini di una efficace attività aziendale che non possono essere sottaciute. Rimane ovviamente la disponibilità a comunicare all'Autorità tali dati.

Altri temi non trattati dallo schema di delibera in consultazione.

Di seguito si ripercorrono brevemente alcuni dei principali temi che non sono stati trattati dallo schema di delibera in consultazione e che, ad avviso delle scriventi, richiedono opportuni chiarimenti già all'interno della delibera definitiva.

✓ Individuazione delle informazioni rilevanti e delle relative modalità di pubblicazione.

Un primo ordine di problemi nasce dalla mancata adozione dei decreti previsti dall'articolo 1, comma 31, L. 190/2012 e che avrebbero dovuto individuare "le informazioni rilevanti ai fini dell'applicazione dei commi 15 e 16 del presente articolo e le relative modalità di pubblicazione, nonché le indicazioni generali per l'applicazione dei commi 29 e 30". Il Legislatore, così prevedendo, si era dimostrato anche consapevole del problema della perimetrazione delle informazioni e, quindi, della determinazione della loro "rilevanza" sotto il profilo dei limiti intrinseci alla gestione dei servizi pubblici, problematica che, invece, l'ANAC nell'adeguamento operato nell'allegato 1), pare aver considerato.

La mancata emanazione delle disposizioni attuative, dovuta alla tornata elettorale nazionale e all'avvicendamento dei Governi "Letta" a "Monti", ha prodotto un contesto normativo confuso e di difficile applicazione.

Detta lacuna potrebbe essere almeno parzialmente colmata da Codesta Autorità che, proprio tramite le linee guida poste in consultazione, potrebbe intervenire in modo da completare l'opera di adattamento, in favore delle società, anche degli obblighi di pubblicazione come previsti nel D. Lgs. 33/2013, similamente a quanto già fatto per le p.a. con le delibere ANAC n. 50 e 77 del 2013 e n. 148 del 2014.

Si pensi, soltanto a titolo di esempio, ad articoli, come il 23 o il 30 D. Lgs. 33/2013, che pongono evidenti problematiche di tutela della sicurezza e dell'incolumità pubblica, soprattutto a fronte di minacce di matrice eversiva sempre più stringenti.

In tal senso, si sottopone la questione delle informazioni relative a siti ed impianti di servizio pubblico o di quelle relative agli esiti di certuni appalti correlati (come ad esempio servizio di pulizia di uffici o impianti). In tale ottica, risulterebbe preferibile evitare la pubblicazione dei dati identificativi sul sito istituzionale, a fronte del permanere degli obblighi di comunicazione a Codesta Autorità.

Non deve, inoltre, trascurarsi che l'articolo 40 del medesimo D. Lgs. n. 33/2013 rappresenta, in un momento di emergenza di terrorismo internazionale, un notevole *vulnus* alla sicurezza di impianti, quali quelli del servizio idrico integrato, che devono ritenersi assolutamente obiettivo sensibile.

Stante la delicatezza della materia e la complessità della normativa di riferimento, e tenuto conto della natura privatistica e delle attività svolte dalle società controllate dalle pubbliche amministrazioni, si ritiene necessario un chiarimento circa la tipologia di informazioni da pubblicare con l'eventuale precisazione della necessità di pubblicazione delle stesse in modalità cifrata, fatta sempre salva la possibilità per Codesta Autorità di richiederne in via riservata l'assunzione integrale alla società interessata.

✓ Predisposizione di schemi-tipo.

Al fine di adiuvarle le società nella redazione dei documenti contenenti le misure di prevenzione della corruzione e del Programma per la trasparenza e l'integrità, l'Autorità potrebbe valutare l'opportunità di consentire alle associazioni maggiormente rappresentative di predisporre degli Schemi-tipo da sottoporre, eventualmente, entro un periodo di tempo determinato, ad osservazioni della stessa ANAC, in linea con quanto previsto dall'articolo 6, comma 3, D. Lgs. 231/2001. Tale soluzione garantirebbe una corretta ed uniforme applicazione delle misure in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza.

✓ Chiarimenti relativi alle holding.

La disciplina recata dal D. Lgs. 39/2013, se applicata letteralmente alle c.d. holding, sembrerebbe vietare la nomina di soggetti appartenenti alle società controllanti all'interno degli organi amministrativi delle società controllate. Tale possibilità viene, invero, spesso utilizzata per mantenere un controllo più capillare sulle società del gruppo e per diminuire i costi dei relativi organi. Sarebbe opportuno un intervento volto a delineare i corretti contorni attuativi della normativa in coerenza con le finalità del legislatore e con la efficienza gestionale dei soggetti di diritto privato coinvolti.

✓ Dati riguardanti la concessione di sponsorizzazioni.

In considerazione delle incertezze riscontrabili allo stato attuale in materia, sarebbe opportuno che l'Autorità fornisse chiarimenti in merito alla sussistenza dell'obbligo di pubblicazione dei dati de quibus.

✓ Dati economici degli organi di indirizzo.

In considerazione della necessità di bilanciamento fra la trasparenza e la tutela dei dati personali, si richiede un chiarimento circa la possibilità che i relativi dati siano pubblicati in forma riepilogativa (in analogia con quanto previsto per i dirigenti). Inoltre, in linea con quanto già osservato sub 2.1.1 in merito alla suddivisione delle attività di verifica (e delle relative responsabilità) tra amministrazione nominante e società per la verifica delle cause ostative all'espletamento del

mandato, si potrebbe ipotizzare anche nel caso in esame che, laddove il soggetto componente l'organo di indirizzo sia stato nominato ai sensi dell'art. 2449 cod. civ, sia l'amministrazione che procede alla nomina il soggetto deputato ad acquisire le informazioni inerenti gli obblighi sanciti dall'articolo 14 ed a comunicarle successivamente alla società tenuta alla relativa pubblicazione. Nelle ulteriori fattispecie, invece, tali adempimenti saranno tutti posti in capo alla società presso cui il soggetto espleta il mandato.

✓ Clausola anticorruzione

Con riferimento alla dichiarazione, introdotta dalla legge anticorruzione, che l'appaltatore deve rendere in merito all'insussistenza delle situazioni contemplate dall'art. 53, comma 16-ter, del D. Lgs. 165/2001, in mancanza di indicazioni sinora fornite dall'ANAC sarebbe auspicabile un chiarimento che definisca se tale previsione normativa debba estendersi anche alle società pubbliche, atteso che va a modificare una normazione dettata specificatamente per il personale delle P.A. In tale ultimo caso, si dovrebbe chiarire sino a che punto deve spingersi il controllo sul rispetto di tale clausola da parte dell'appaltatore, ossia se sia sufficiente acquisire una semplice autodichiarazione da quest'ultimo in tal senso in sede di partecipazione alle gare.