Opinione Legale

Prevenzione di illeciti e trasparenza nelle società a partecipazione pubblica

Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (determinazione del 17 giugno 2015)

Claudio Guccione
Avvocato
Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Maria Ferrante
Avvocato
P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Con la determinazione n. 8 del 17 giugno 2015, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 152 del 3.07.2015, l'ANAC, a seguito di pubblica consultazione e dopo aver esaminato anche le osservazioni pervenute, ha emanato le linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici economici.
L'adozione di tali linee guida è stata ritenuta necessaria dopo l'entrata in vigore del decreto legge n. 90/2014, che ha esteso l'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza anche a:
(i) enti di diritto pubblico non territoriali, nazionali, regionali o locali comunque denominati, istituiti, vigilati o finanziati dalla pubblica amministrazione;
(ii) enti di diritto privato in controllo pubblico, ossia alle società e agli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi.
La determinazione in parola, dopo una breve illustrazione del quadro normativo in questione, si divide fondamentalmente in tre sezioni: la prima riguardante le società in controllo pubblico e le società a partecipazione pubblica non di controllo, la seconda concernente gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico e gli altri enti di diritto privato partecipato e la terza relativa agli enti pubblici economici. Infine, viene disciplinata l'attività di vigilanza dell'ANAC ed esaminata la disciplina transitoria per l'applicazione della nuova normativa.
Le linee guida in parola, indirizzate sia alle predette società ed enti che alle pubbliche amministrazioni controllanti o azioniste che devono vigilare sugli stessi, integrano e sostituiscono, laddove non compatibili, il Piano Nazionale Anticorruzione approvato dalla medesima ANAC con delibera n. 72 del 2013. La loro applicazione è, però, sospesa per le società con azioni quotate e per le società con strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e per le loro controllate: poiché, infatti, dette società sono sottoposte ad un particolare regime giuridico in relazione alla diffusione delle informazioni, a tutela degli investitori e del funzionamento delle regole del mercato concorrenziale, saranno destinatarie della futura adozione di apposite linee guida elaborate a seguito della consultazione avviata con la CONSOB.

L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)

Società a controllo pubblico e a partecipazione pubblica

In relazione all'ambito soggettivo di applicazione della normativa in esame, l'ANAC distingue tra le società direttamente o indirettamente controllate dalle pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 2359, co. 1, nn. 1 (maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria) e 2 (voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria), del codice civile da quelle a partecipazione pubblica non maggioritaria, in cui non c'è quindi una situazione di controllo. È, invece, esclusa, in via interpretativa, la fattispecie di cui al predetto art. 2359, co. 1, n. 3 (c.d. controllo contrattuale), non presupponendo alcuna partecipazione delle pubbliche amministrazioni al capitale della società: anche in tal caso, tuttavia, rimane fermo l'obbligo per l'amministrazione di inserire nel proprio Piano triennale di prevenzione della corruzione misure anche di vigilanza e trasparenza relative all'attività svolta dalla società, in ragione dei suoi vincoli contrattuali con l'amministrazione stessa. Tale distinzione non ha, secondo l'Autorità, carattere meramente formale, ma comporta un'applicazione differenziata della normativa anticorruzione, in ragione del diverso grado di coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni nella società.
Per quanto concerne le società in controllo pubblico, l'ANAC, benché non espressamente previsto dalla legge 190/2012, ritiene che vi rientrino anche quelle controllate dallo Stato, in aggiunta a quelle il cui controllo è in mano a regioni, province autonome ed enti locali, atteso che le società controllate dalle amministrazioni centrali sono effettivamente esposte ai medesimi rischi che il legislatore ha voluto prevenire nelle società controllate dalle amministrazioni territoriali.
In caso di società indirettamente controllate, la capogruppo deve assicurare che le stesse adottino le misure di prevenzione della corruzione ai sensi della legge 190/2012 in coerenza con quelle della capogruppo, fermo restando che per le controllate di ridotte dimensioni, con particolare riguardo alle società strumentali, tali misure possono essere incluse nel modello ex 231/2001. Con riguardo agli obblighi in capo a tali società, l'Autorità, dopo aver illustrato le principali differenze tra la disciplina di cui al d.lgs. 231/2001, che comunque trova applicazione, e la legge 190/2012, esplicita come segue i contenuti minimi delle misure da adottare in materia di anticorruzione, che devono essere elaborate dal Responsabile della prevenzione della corruzione in stretto coordinamento con l'Organismo di vigilanza ed adottate dal Consiglio di Amministrazione della società (o altro organo con funzioni equivalenti) nonché adeguatamente pubblicizzate sia internamente alla società che all'esterno:
a) individuazione e gestione dei rischi di corruzione: tra le attività esposte al rischio devono essere considerate, in primo luogo, quelle elencate dall'art. 1, co. 16, della legge 190/2012 (autorizzazioni e concessioni, appalti e contratti, sovvenzioni e finanziamenti, se-

lezione e gestione del personale), cui si aggiungono ulteriori aree individuate in base alle caratteristiche funzionali ed organizzative proprie di ciascuna società (a titolo esemplificativo, relazioni esterne, rapporti tra amministratori pubblici e soggetti privati, etc...). Il risultato dovrà essere la creazione di una sorta di "mappa" delle aree a rischio e dei connessi reati di corruzione nonché l'individuazione delle relative misure di prevenzione. Con riguardo alla gestione del rischio, rimane fermo il rinvio ai principi ed alle linee guida UNI ISO 31000:2010;

b) sistemi di controllo: deve essere assicurato il coordinamento tra i controlli per la prevenzione dei rischi di cui al d.lgs. 231/2001 e quelli per la prevenzione dei rischi di corruzione di cui alla legge 190/2012 nonché tra le funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione e quelle degli altri organismi di controllo, con particolare riferimento al flusso di informazioni a supporto delle attività svolte dal Responsabile;

c) codice di comportamento: deve essere integrato il codice etico già approvato ai sensi del d.lgs. 231/2001 oppure adottato ex novo un apposito codice. Rimane fermo che tale documento ha rilevanza ai fini disciplinari, per cui, al fine di assicurarne il rispetto, è opportuno (i) garantire un adeguato supporto interpretativo, ove necessario, e (ii) prevedere un apparato sanzionatorio ed i relativi meccanismi di attivazione auspicabilmente connessi ad un sistema per la raccolta di segnalazioni delle violazioni;

d) trasparenza: deve essere adottato un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità in cui sono individuate le misure organizzative finalizzate ad assicurare la regolarità e la tempestività dei flussi di informazioni da pubblicare, prevedendo anche uno specifico sistema delle responsabilità;

e) inconferibilità ed incompatibilità specifiche per gli incarichi di amministratore e per gli incarichi dirigenziali: è necessario che sia previsto un sistema di verifica della sussistenza delle eventuali cause di incompatibilità ed inconferibilità di cui al d.lgs. 39/2013. A tal fine, le società in parola dovranno adottare le misure necessarie a garantire che: (i) negli atti di attribuzione degli incarichi o negli interpelli siano inserite espressamente le condizioni ostative al conferimento dell'incarico; (ii) i soggetti interessati rendano la dichiarazione di insussistenza delle cause di inconferibilità ed incompatibilità all'atto del conferimento dell'incarico; (iii) sia effettuata dal Responsabile della prevenzione della corruzione, eventualmente in collaborazione con altre strutture di controllo interne alle società, un'attività di vigilanza, sulla base di una programmazione che definisca le modalità e la frequenza delle verifiche anche su segnalazione di soggetti interni ed esterni;

f) attività successiva alla cessazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici: ai fini del rispetto dell'art. 53, co. 16-ter, del d.lgs. 165/2001, ai sensi del quale i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri, le società si adoperano affinché (i) tale condizione ostativa sia espressamente indicata negli interpelli o negli altri avvisi di selezione del personale, (ii) gli interessati candidati rilascino apposita dichiarazione di insussistenza di tale condizione impeditiva e (iii) vi sia una specifica attività di vigilanza su tale profilo;

g) formazione: le società devono svolgere specifiche attività di formazione in materia di prevenzione della corruzione, da integrare con eventuali preesistenti attività di formazione dedicate al modello di organizzazione e gestione di cui al d.lgs. 231/2001;

h) tutela del dipendente che segnala illeciti: le amministrazioni controllanti devono promuovere l'adozione da parte delle società di misure idonee ad incentivare i dipendenti a denunciare eventuali illeciti di cui vengano a conoscenza nell'ambito del rapporto di lavoro, garantendo la riservatezza dell'identità del segnalante in ogni momento. È, inoltre, opportuno che venga disciplinato con tempi e modalità prestabilite il procedimento di gestione di eventuali segnalazioni;

i) rotazione a misure alternative: al fine di ridurre il rischio derivante dal fatto che un medesimo soggetto possa sfruttare un potere o una conoscenza nella gestione di processi caratterizzati da discrezionalità e da relazioni intrattenute con gli utenti per ottenere vantaggi illeciti, l'ANAC ritiene che sia necessario garantire una più elevata frequenza del turnover delle figure preposte alla gestione di processi più esposti al rischio corruzione nonché operare una distinzione delle competenze (c.d. "segregazione delle funzioni"), attribuendo a diversi soggetti i compiti di (i) svolgere istruttorie e accertamenti, (ii) adottare decisioni, (iii) attuare le decisioni prese e (iv) effettuare verifiche;

j) monitoraggio: le società devono individuare le modalità, le tecniche e la frequenza del monitoraggio sull'attuazione delle predette misure, anche i fini del loro aggiornamento periodico. Entro il 15 dicembre di ogni anno, il Responsabile della prevenzione della corruzione dovrà pubblicare sul sito web della società una relazione recante i risultati dell'attività di prevenzione secondo uno schema che sarà adottato dalla stessa ANAC.

Ai fini dell'adozione e del monitoraggio delle predette misure, ogni società deve avere un Responsabile della prevenzione della corruzione, nominato dall'organo di amministrazione, i cui dati devono essere trasmessi all'Autorità: per garantire che tale figura non sia meramente formale, l'ANAC suggerisce che la relativa funzione sia affidata ad un dirigente della società, anche in ragione del divieto di legge di avvalersi di soggetti esterni, evitando la designazione di dirigenti responsabili dei settori individuati tra le aree a maggior rischio. Eventuali atti di revoca devono essere motivata e comunicati all'Autorità, la quale, nel caso rilevi che la revoca sia correlata alle attività svolte in materia di anticorruzione, può formulare una richiesta di riesame. Solo in caso di società prive di dirigenti o con un numero molto limitato degli stessi in aree ad alto rischio, le funzioni di Responsabile possono essere affidate ad un profilo non dirigenziale che garantisca comunque idonee competenze: in tal caso, ci dovrà essere un'attività di vigilanza stringente e periodica da parte del Consiglio di Amministratore o dell'organo della società con le medesime funzioni. In ogni caso, in ragione della stretta connessione tra le misure adottate ai sensi del d.lgs. 231/2001 e di quelle di cui alla legge n. 190/2012, le funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione dovranno essere svolte in costante coordinamento con quelle dell'Organismo di vigilanza di cui al predetto decreto. Dall'espletamento dell'incarico di responsabile per la prevenzione della corruzione non può derivare alcun compenso aggiuntivo, fatto salvo l'eventuale riconoscimento, se configurabile, di retribuzioni di risultato legate all'effettivo conseguimento di precisi obiettivi predeterminati in sede di previsione delle misure anticorruzione. Inoltre, nel provvedimento di nomina del Responsabile, devono essere individuate precisamente le conseguenze derivanti dall'inadempimento degli obblighi connessi e declinati gli eventuali profili di responsabilità disciplinare e dirigenziale nonché, secondo l'ANAC,

devono essere inserite negli statuti societari meccanismi sanzionatori a carico degli amministratori che non abbiano le misure anticorruzione o il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità. Per quanto concerne la trasparenza, l'Autorità conferma che alle società controllate, direttamente o indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni si applica la normativa sulla trasparenza di cui al d.lgs. 33/2013, limitatamente, però, all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario e, comunque, sempre per quanto riguarda l'organizzazione (mentre nelle società a partecipazione pubblica non di controllo, la disciplina sulla trasparenza trova applicazione solo con riferimento alle attività di pubblico interesse solo se effettivamente esercitate). A tal fine, le società controllate adottano un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità in cui sono specificati le modalità, i tempi di attuazione, le risorse e gli strumenti di veridica delle iniziative e degli obblighi in materia di trasparenza e sono indicate le attività non qualificabili di pubblico interesse (e, dunque, sottratte all'applicazione delle misure di trasparenza). Tutti i dati e le informazioni di cui al d.lgs. 33/2003 devono essere pubblicati su una sezione dei siti web delle società denominata "società trasparente". Le funzioni di responsabile della trasparenza sono di norma svolte dal Responsabile per l'anticorruzione: in caso contrario, deve essere garantito il coordinamento tra i due soggetti.
Per quanto concerne le società in cui la partecipazione pubblica non è di controllo, gli obblighi per l'anticorruzione e la trasparenza sono molto ridotti: tali società, infatti, restano soggette al regime di responsabilità previsto dal d.lgs. 231/2001 e non sono, quindi, tenute a nominare il Responsabile della prevenzione della corruzione. Qualora, invece, le società non abbiano adottato un modello di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. 231/2001, resta ferma la possibilità per loro di programmare misure organizzative ai fini di prevenzione della corruzione ai sensi della legge 190/2012. Anche sulla trasparenza, gli obblighi per le società in cui la partecipazione non è di controllo sono molto ridotti, a partire dalla non obbligatorietà della nomina del responsabile per la trasparenza e dell'adozione del sopra descritto programma triennale, e si riducono di fatto nella pubblicazione dei dati ed informazioni inerenti le attività di pubblico interesse svolte.

Altri enti di diritto privato in controllo pubblico e partecipati

Anche in questo caso, analogamente a quanto previsto per le società, gli obblighi sono differenziati tra i soggetti in controllo pubblico e quelli che non lo sono. Per quanto concerne l'individuazione di tali enti, questi sono definiti dal d.lgs. 39/2013 come le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, 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 una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi. In tali enti l'attuazione delle disposizioni in materia di trasparenza deve avvenire solo limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario. Il fenomeno di tali enti è particolarmente complesso e non riconducibile ad una categoria unitaria: si deve trattare, in generale, di enti, in particolare associazioni e fondazioni, che hanno natura privatistica, non necessariamente dotati di personalità giuridica, rispetto ai quali sono riconosciuti in capo alle amministrazioni pubbliche poteri di controllo che complessivamente consentono di esercitare un potere di ingerenza sull'attività con carattere di continuità ovvero un'influenza dominante sulle decisioni dell'ente. A tal proposito, l'ANAC individua alcuni indici sintomatici della sussistenza del controllo pubblico, quali, ad esempio, l'istituzione in base ad una legge o ad un atto dell'amministrazione interessata, la nomina dei componenti degli organi o il prevalente o parziale finanziamento pubblico. In ogni caso, è necessario procedere ad un'analisi in concreto caso per caso del rapporto tra amministrazione ed ente. Per quanto concerne gli obblighi in materia di anticorruzione, per tali enti valgono le indicazioni già fornite per le società. Per quanto concerne gli enti di diritto privato non controllato, questi si sostanziano in strutture che hanno un rilievo pubblico in quanto deputate a svolgere attività amministrative ovvero di interesse generale, su cui l'amministrazione ha poteri di vigilanza (quali, ad esempio, fondazioni bancarie, casse di previdenza per i liberi professionisti ed associazione e fondazioni derivanti dalla trasformazione per legge di istituzioni pubbliche di assistenza e beneficienza). Tali enti non sono soggetti alla normativa in materia di anticorruzione, ma le amministrazioni partecipanti devono promuovere l'adozione di protocolli di legalità che disciplinino specifichi obblighi per la prevenzione della corruzione e la trasparenza, soprattutto nel caso in cui vi siano rilevanti finanziamenti pubblici.

Enti pubblici economici

Tali enti rientrano a pieno titolo tra i soggetti tenuti all'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione, in quanto enti che perseguono finalità pubbliche. Ad essi si applicano tutte le norme in materia di anticorruzione e trasparenza sopra descritte per le società controllate dalle pubbliche amministrazioni.

Attività di vigilanza dell'ANAC

L'attività di vigilanza e controllo dell'ANAC, che può spingersi sino all'adozione di sanzioni in caso di violazione delle sopra descritte disposizioni normative, si fonda principalmente sugli elenchi di società controllate e partecipate trasmesse e pubblicate dalle medesime amministrazioni.
I documenti contenenti le misure adottare ai sensi della legge 190/2012 ed i loro aggiornamenti devono essere costantemente pubblicati sulla sezione "Amministrazione/Società trasparente" dei siti web dei vari soggetti e, conseguentemente, non è necessario che vengano trasmessi all'ANAC, in conformità ai principi di semplificazione amministrativa.

Disciplina transitoria

Sul punto, l'Autorità prevede che l'adeguamento alle presenti Linee guida per le società e gli enti controllati debba avvenire entro il 31 gennaio 2016, per cui devono essere prontamente nominati i responsabili per la prevenzione della corruzione affinché predispongano entro il 15 dicembre 2015 una relazione sull'attuazione delle norme in materia. Per quanto concerne le società e gli enti partecipati, le amministrazioni partecipanti devono promuovere, tempestivamente e comunque non oltre il 31 dicembre 2015, la stipula dei protocolli di legalità, ove sia indicata anche la cadenza temporale delle misure da adottare.

OSSERVATORIO NORMATIVO

■ Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 8 maggio 2015, recante "*Adozione del modello semplificato e unificato per la richiesta di autorizzazione unica ambientale (AUA) (15A04833)*" pubblicato in G.U. n.149 del 30 giugno 2015 - S. O. n. 35.
■ Regolamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, 27 maggio 2015, recante "*Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. (15A04798)*", pubblicato in G.U. n.147 del 27 giugno 2015.
■ Comunicato dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, 27 maggio 2015, recante "*Annotazione, nel casellario informatico e nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici, delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione, nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva (15A04678)*", pubblicato in G.U. n.143 del 23 giugno 2015.
■ Circolare dell'INPS n. 126 del 26 giugno 2015, recante "*Decreto Interministeriale 30 gennaio 2015 - Semplificazione in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC)*".
■ Circolare dell'INAIL n. 61 del 26 giugno 2015, recante "*Semplificazioni in materia di documento unico di regolarità contributiva. Decreto interministeriale 30 gennaio 2015*".
■ Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 19 dell' 8 giugno 2015, recante "*D.M. 30 gennaio 2015 - DURC 'on line' prime indicazioni operative*".