

Newsletter **7/2024**

In questa uscita

Trasparenza

Accesso agli atti di enti privati è legittimo quando insiste su attività di natura pubblicistica: il Consiglio di Stato accoglie le istanze dell'Ordine Avvocati

Trasparenza degli atti di concessione dei benefici economici: significato di "importo corrisposto"

Appalti e contratti pubblici

Digitalizzazione Contratti Pubblici: le proroghe disposte da ANAC

Anticorruzione

Unione di Comuni: ANAC interviene su omessa nomina del RUP e valutazione del rischio

Subentro di società neocostituita e obbligo di attestazione OIV alla data del 15 luglio 2024: chiarimenti di ANAC

L'incarico di segretario generale con funzioni dirigenziali per la gestione di risorse economiche è incompatibile con l'incarico di RPCT

Azienda speciale degli enti locali e nomina del RPCT: chiarimenti ANAC

Accesso agli atti di enti privati è legittimo quando insiste su attività di natura pubblicistica: il Consiglio di Stato accoglie le istanze dell'Ordine Avvocati

Con sentenza n. 2694 pubblicata il 20 marzo u.s., il Consiglio di Stato ha confermato il diritto dell'Ordine degli Avvocati di Roma ad accedere alla documentazione contrattuale con cui ASMEL (ente di diritto privato) ha concordato con Lexcapital (società benefit) condizioni contrattuali a favore dei propri associati aventi ad oggetto la gestione del loro contenzioso.

L'Ordine degli avvocati, infatti, volendo verificare il rispetto delle previsioni sul c.d. "equo compenso" a valere sui rapporti che Lexcapital avrebbe intrattenuto con gli enti associati di ASMEL in forza della convenzione, ne aveva invano richiesto l'ostensione, declinata con diniego tacito poi impugnato davanti ad TAR.

Il Consiglio di Stato, intervenuto su impugnativa di ASMEL, ha confermato che l'Ordine ha diritto ad accedere agli atti, posto che l'attività convenzionata tra ASMEL e Lexcapital ha una natura pubblicistica. Per accertare la natura pubblicistica dell'attività svolta, il Consiglio di Stato ha ricostruito l'oggetto del convenzionamento tra ASMEL e Lexcapital rilevando che la circostanza che i Comuni cedano i propri diritti ad una società di benefit che provvede alla gestione del contenzioso sulla base dello schema negoziale del "litigation funding" finalizzato a favorire l'accesso alla tutela giurisdizionale, deve necessariamente essere qualificata come attività di pubblico interesse: nella sostanza, infatti, mediante tale contratto atipico ed aleatorio un contraente della PA andrà a gestire il conten-

zioso quale cessionario dei diritti di pertinenza degli enti locali cedenti.

Sull'interesse diretto, concreto ed attuale che l'Ordine è tenuto a dimostrare come base della propria richiesta, il Consiglio di Stato ha evidenziato che l'esistenza di notizie di stampa concernenti la tutela giurisdizionale esercitata dalla società senza alcun onere economico a carico degli enti locali costituisce elemento di per sé idoneo a radicare la concretezza ed attualità dell'Ordine forense a richiedere l'ostensione degli atti; a riguardo, infatti, il Consiglio di Stato rammenta che la richiesta dell'Ordine trova motivazione nella tutela delle prescrizioni di legge concernenti le remunerazioni delle prestazioni professionali con equo compenso che potrebbero subire pregiudizi derivanti da accordi non conformi alla normativa di riferimento.

Alla luce di quanto ricostruito, il Consiglio di Stato ha ritenuto integrati i presupposti per l'ostensione dell'accordo quadro sottoscritto tra ASMEL e Lexcapital e ha rigettato le difese di ASMEL secondo cui l'ostensione avrebbe comportato il pericolo di rendere note le strategie commerciali della società stessa.

Tale condivisibile orientamento discende dalla ratio sottesa all'accesso agli atti ovvero quella di garantire la trasparenza sottesa all'attività amministrativa, nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'attività di pubblico interesse.

Trasparenza degli atti di concessione dei benefici economici: significato di “importo corrisposto”

Con Atto del Presidente del 10 luglio u.s., in risposta ad un quesito interpretativo, ANAC ha riepilogato le indicazioni già fornite sugli obblighi di trasparenza applicabili agli atti di concessione di sovvenzioni, contributi e sussidi erogati a persone fisiche ed enti pubblici e privati, e ha fornito chiarimenti in riferimento alla pubblicazione alla voce “importo corrisposto” (artt. 26 e 27 D.lgs. 33/2013).

Rispetto al riepilogo delle informazioni, nel riportarsi alle precedenti pronunce e in particolare alla paradigmatica delibera n. 468/2021, in via preliminare l’Autorità ha ricordato che per atti di “concessione di sovvenzioni, contributi e sussidi” si intendono i provvedimenti attributivi di vantaggi economici di cui all’art. 12 della l. 241/1990, ovvero vantaggi che migliorano la situazione economica dell’interessato in assenza di una controprestazione in favore del concedente, ricomprendendo sia erogazioni in danaro sia prestazioni di tipo assistenziale.

Chiarito l’ambito di applicazione, ANAC ha rammentato che le amministrazioni e gli altri soggetti tenuti hanno l’obbligo di pubblicare gli atti con i quali sono determinati i criteri e le modalità per la concessione dei benefici economici in favore di soggetti pubblici o privati di importo superiore a € 1.000 e che tale pubblicazione costituisce condizione di efficacia dei provvedimenti e quindi deve avvenire tempestivamente, prima della liquidazione delle somme.

Specificatamente, al fine di garantire la trasparenza dell’attività, le amministrazioni pubblicano, ai sensi dell’art. 26, comma 1, gli atti normativi, ovvero le leggi e i regolamenti, che individuano i criteri e le modalità di assegnazione dei benefici nonché gli atti di carattere amministrativo generale adottati in attuazione di regolamenti o leggi ed altresì, ai sensi dell’art. 27, pubblicano gli elementi informativi riguardanti le singole concessioni.

Rispetto a tali elementi informativi delle singole liberalità, l’Autorità ha precisato che:

- devono essere pubblicati solo gli atti che dispongono l’erogazione di vantaggi direttamente e chiaramente quantificabili in termini economico-monetari e di importo superiore a mille euro;
- la pubblicazione è condizione legale di efficacia dell’atto di concessione e deve essere effettuata dall’amministrazione competente a decidere sull’attribuzione del beneficio e ad adottare il relativo provvedimento;
- è sempre vietata la pubblicazione dei dati identificativi delle persone fisiche destinatarie dei provvedimenti, qualora dagli stessi sia possibile ricavare informazioni relative allo stato di salute ovvero alla situazione di disagio economico-sociale degli interessati;
- non sono soggetti a pubblicazione gli atti contabili di impegno e di liquidazione con cui i benefici sono concessi;
- la pubblicazione dei dati è sostituita dalla pubblicazione del collegamento ipertestuale al Registro Nazionale degli Aiuti qualora i dati siano già presenti in quest’ultimo;
- rispetto alla modalità seguita per l’individuazione del beneficiario, devono essere pubblicati gli avvisi pubblici contenenti i requisiti per poter fruire del beneficio, per determinare la graduatoria dei beneficiari e le modalità per la presentazione dell’istanza.

Rispetto poi al singolo atto di concessione, l’Autorità evidenzia che sono oggetto di pubblicazione l’anno di pubblicazione del provvedimento, i beneficiari (anche in tal caso escludendo i nominativi dai quali sia possibile ricavare informazioni sulla situazione di disagio economico o sullo stato di salute del beneficiario), l’importo liquidato e la norma alla base dell’attribuzione.

Rispetto al significato della locuzione “importo corrisposto” l’Autorità ha chiarito che, al fine di garantire l’adempimento agli obblighi di trasparenza ai sensi dell’art. 27 D.lgs. 33/2013, le amministrazioni devono pubblicare l’importo liquidato e non anche l’importo impegnato; riconoscendo, tuttavia, la facoltà alle amministrazioni di pubblicare anche tale ulteriore informazione per garantire una maggior trasparenza sull’attività amministrativa.

Digitalizzazione Contratti Pubblici: le proroghe disposte da ANAC

Con Comunicato del Presidente del 28 giugno u.s. - ANAC ha disposto la proroga di alcuni adempimenti previsti con Delibera 582 dello scorso 23 dicembre con cui era stato avviato il processo di digitalizzazione

In particolare, con lo scopo di consentire il completamento del processo di digitalizzazione in cui tutte le Stazioni Appaltanti sono state e sono tuttora coinvolte, ANAC -d'intesa con il MIT- ha disposto la proroga fino al 31 dicembre 2024 della possibilità di utilizzare l'interfaccia web messa a disposizione dalla Piattaforma PCP di ANAC per:

- gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro
- l'adesione ad accordi quadro e convenzioni i cui bandi siano stati pubblicati entro il 31/12/2023
- la ripetizione di lavori o servizi analoghi ex art. 76, co. 6, del D.Lgs. 36/2023 previste dalla documentazione di gara originaria relativa a procedure pubblicate prima del 31/12/2023
- le fattispecie di cui alla Delibera n. 584 del 2023 (cfr. Tabella obblighi di acquisizione CIG/obblighi di contribuzione).

Con pari Comunicato, ANAC ha inoltre confermato in via definitiva la facoltà per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di utilizzare l'interfaccia web messa a disposizione mediante la PCP per l'acquisizione del CIG con riferimento a tutte le fattispecie per cui è previsto l'utilizzo della scheda P5, ivi comprese le ipotesi di acquisizione del CIG ai soli fini della tracciabilità dei flussi finanziari.

Infine, rispetto agli affidamenti in house, ANAC ha segnalato di aver reso disponibile la scheda A3_6, utilizzabile in via transitoria, fino a completamento dello sviluppo, da parte delle PAD, delle apposite schede; tale scheda sarà disponibile fino al 31 dicembre 2024.

Unione di Comuni: ANAC interviene su omessa nomina del RUP e valutazione del rischio

In esito ad attività ispettiva condotta su un'Unione di Comuni, ANAC con Atto del Presidente del 24 giugno u.s., ha fornito proprie raccomandazioni sia in merito alla nomina del RPCT sia in merito alla mappatura del rischio anticorruzione, con particolare riferimento all'area della contrattualistica pubblica.

Rispetto alla mancata nomina del RPCT, l'Autorità -ripercorrendo quanto disciplinato con il PNA 2022 (cfr. Allegato 3)- ha evidenziato:

- la necessità di procedere alla nomina del RPCT, individuandolo o nel Segretario comunale dell'Unione di comuni oppure nel Segretario di uno dei Comuni aderenti; a riguardo ANAC ha precisato che la scelta deve privilegiare un soggetto che non versi in una situazione di incompatibilità/inopportunità e che laddove questo caso si presentasse, l'Unione potrà nominare un funzionario o titolare di posizione organizzativa. Resta inteso – ha poi sottolineato ANAC- che la nomina deve ricadere su un soggetto interno all'ente, che possieda l'esperienza, la conoscenza dell'organizzazione interna e la competenza idonea a poter garantire il corretto svolgimento delle relative funzioni e che, per questi motivi, non può essere condivisa la nomina a RPCT di un soggetto estraneo;
- che negli enti di piccole dimensioni l'incarico di RPCT si configura come un incarico aggiuntivo, senza necessità di sottoscrizione di un nuovo contratto di lavoro oltre a quello già svolto dal dipendente; si tratta dell'esercizio del potere dell'organo di indirizzo di richiedere al dipendente tutte le mansioni esigibili in base all'inquadramento contrattuale a cui non può rifiutarsi ad eccezione di situazioni di incompatibilità/inoppor-

tunità purché sostenute da una motivazione precisa e puntuale. Sul rifiuto del dipendente a ricevere l'incarico di RPCT, ANAC ha testualmente indicato che *“La rinuncia all'incarico di RPCT assegnato può quindi ritenersi ammissibile solo se vi siano adeguate motivazioni che evidenziano situazioni di incompatibilità/inopportunità. Un rifiuto non adeguatamente motivato in tal senso risulterebbe quindi inidoneo a supportare eventuali scelte in deroga alle indicazioni dell'Autorità, che necessitano comunque di una congrua motivazione all'interno dell'atto di nomina”*.

Rispetto alla mappatura dell'area di rischio relativa alla contrattualistica pubblica, ANAC ha raccomandato all'Unione di intervenire quanto prima predisponendo un'indicazione puntuale degli eventi rischiosi e delle correlate misure di prevenzione specifiche poiché nel PTPCT risultava programmata un'unica misura formulata in modo generico, senza la previsione di indicatori di attuazione e di monitoraggio. L'Autorità, inoltre, ha richiamato l'attenzione sulla corretta gestione dei flussi documentali relativi agli affidamenti e sulla predisposizione di misure specifiche finalizzate a correttamente individuare il tipo di procedura di affidamento da espletare, come ad esempio misure per individuare l'importo dell'appalto e misure per svolgere adeguatamente l'attività di direzione e controllo durante la fase esecutiva del contratto.

In esito a quanto ricostruito, l'Autorità ha assegnato all'Unione dei comuni termine di 30 giorni per la nomina del RPCT e, a quest'ultimo, ulteriori 45 giorni per la comunicazione delle misure programmate in adeguamento delle raccomandazioni fornite.

Subentro di società neocostituita e obbligo di attestazione OIV alla data del 15 luglio 2024: chiarimenti di ANAC

Con Atto del Presidente del 3 luglio u.s. , in esito ad una richiesta di un RPCT nominato in una società neocostituita cui sono state trasferite funzioni di un soggetto tenuto agli obblighi di trasparenza, ANAC ha chiarito gli adempimenti in materia di anticorruzione e trasparenza a cui è tenuta la società subentrante.

Specificamente l'Autorità ha rappresentato che:

- relativamente agli obblighi di trasparenza in conformità al D.lgs. 33/2013:
1. il nuovo soggetto giuridico è tenuto alla creazione e implementazione della propria sezione Amministrazione Trasparente sul proprio sito istituzionale,
 2. il nuovo soggetto giuridico subentrante è tenuto a

mantenere sul proprio sito istituzionale anche la sezione Amministrazione Trasparente dell'ente soppresso, del quale ha assunto le relative funzioni, per tutta la durata prevista dal D.lgs. 33/2013;

3. relativamente agli obblighi di anticorruzione, l'ente subentrante è tenuto all'adozione del PTPCT con la possibilità, conseguente alla nuova costituzione, di disciplinare la possibilità di modifiche e integrazioni relativamente alla valutazione dei rischi e alle specifiche misure di prevenzione.
4. L'Autorità ha infine chiarito che l'ente, essendo stato costituito il 1° gennaio 2024, non è tenuto allo svolgimento dell'attestazione OIV, trattandosi di verifiche sull'assolvimento degli obblighi di pubblicazione riferite al 2023.

L'incarico di segretario generale con funzioni dirigenziali per la gestione di risorse economiche è incompatibile con l'incarico di RPCT

Con atto del Presidente del 17 luglio u.s., ANAC, in esito ad una richiesta di parere da parte del Segretario comunale, è nuovamente intervenuta sull'incompatibilità tra l'incarico di RPCT e l'incarico di funzionario con compiti dirigenziali che comportano, in particolare, la gestione di risorse economiche.

In particolare, l'Autorità, in coerenza con quanto già disposto e in particolare con le indicazioni dell'allegato 3 al PNA 2022, ha ribadito la necessità di nominare quale RPCT un soggetto che non si trovi in una situazione di conflitto di interessi, ovvero non ricopra un ruolo dirigenziale che comporti l'esercizio di attività gestorie e amministrative, nonché l'esercizio di attività particolarmente esposte al rischio corruttivo (ufficio contratti, ufficio del personale, ufficio gestione del patrimonio).

Con specifico riguardo agli enti locali, ANAC ha preliminarmente rappresentato che:

- il RPCT è individuato nella figura del segretario o nel dirigente apicale (art. 1, comma 7, L. 190/2012);
- l'ente può nominare un soggetto diverso rispetto a quanto stabilito dai criteri indicati nell'allegato 3 al PNA 2022 purché, nell'atto di nomina, sia data evidenza del-

le ragioni e delle esigenze poste alla base della scelta; in tale evenienza, al fine di garantire un'adeguata differenziazione dei ruoli, l'ente dovrà adottare idonee misure di prevenzione al fine di garantire l'imparzialità dei controlli citando a titolo esemplificativo misure quali la partecipazione alle operazioni di verifica da parte di altro personale, la rendicontazione all'organo di indirizzo dell'attività svolta, lo svolgimento delle attività di monitoraggio ad opera di altro soggetto.

Con riguardo, invece, alla richiesta di parere ricevuta, secondo ANAC sarebbe opportuno che il Comune affidasse le funzioni dirigenziali dell'Area sistemi informativi ad altro dipendente in quanto la gestione dei fondi del PNRR configura un'attività di amministrazione attiva che si colloca in un'area a rischio corruzione alta costituita dalla gestione delle risorse finanziarie.

Di contro, rispetto alla gestione delle risorse dell'Area segreteria generale, l'Autorità ha ritenuto insussistente l'incompatibilità tra il ruolo di segretario generale e quello di RPCT, visti i limitati poteri gestori attribuiti al vertice amministrativo degli enti locali compatibili con il corretto assolvimento della funzione di RPCT.

Azienda speciale degli enti locali e nomina del RPCT: chiarimenti ANAC

Con atto del Presidente del 24 luglio u.s. l'ANAC, in risposta ad una richiesta di parere, ha fornito chiarimenti in merito alla nomina del RPCT in un'Azienda Speciale costituita da due Comuni ai sensi dell'art. 114 del TUEL (D.lgs. 267/2000) che non ha nella propria pianta organica dipendenti.

In via preliminare, l'Autorità ha ripercorso brevemente la natura e la funzione delle aziende speciali rappresentando che sono enti strumentali all'ente locale, dotati di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di un proprio statuto approvato dal consiglio comunale o provinciale (art. 114 TUEL). Le aziende speciali, pertanto, conformano la propria attività ai principi di efficienza, efficacia ed economicità e sono legate all'ente locale da vincoli relativi alla formazione degli organi, al controllo, all'indirizzo e, proprio attraverso l'azienda speciale, l'ente locale persegue i propri fini istituzionali consistenti nell'erogazione di un servizio pubblico.

Rispetto al RPCT da nominarsi in un'azienda speciale, l'Autorità ha ribadito che:

- deve possedere un'adeguata conoscenza dell'organizzazione e del funzionamento dell'amministrazione e deve garantire un'autonomia valutativa;
- non deve trovarsi in una posizione di conflitto di interessi; pertanto, non può essere nominato RPCT chi svolga funzioni gestionali o sia nominato RUP nei procedimenti di affidamento;

- dall'incarico di RPCT non può derivare alcun compenso aggiuntivo, ad eccezione del riconoscimento di eventuali retribuzioni legate al raggiungimento di obiettivi di performance predeterminati;
- ove sussistano particolari situazioni organizzative che non consentano la nomina di un RPCT in conformità ai principi generali forniti da ANAC, potrà essere nominato RPCT un soggetto con requisiti diversi purchè tale nomina, in relazione alle esigenze dell'ente, sia adeguatamente motivata.

Con specifico riguardo alla richiesta di parere e alla peculiarità rappresentata ovvero l'assenza di dipendenti e la circostanza che l'azienda è costituita da due comuni, ANAC ha ritenuto che nelle more dell'assunzione dei dipendenti, *"uno dei Comuni in questione, nella persona del RPCT/Segretario Generale (...) dovrebbe farsi carico dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione anche per l'Azienda, nonché della funzione di monitoraggio e vigilanza sulla corretta attuazione di tali misure"*. Resta inteso, prosegue ANAC, che la scelta rispetto al RPCT rimane una competenza dell'organo di indirizzo che dovrà attivarsi mediante l'adozione di un formale atto di conferimento dell'incarico da cui risulti il soggetto individuato, la durata e -se la scelta di discosta dalle indicazioni normative e regolamentari- anche le motivazioni che hanno indotto l'amministrazione a soluzioni diverse.

Legislazione Tecnica
Area Consulenza

Direzione Generale:
dott.ssa Rosalisa Lancia

Tel. **06.5921743**
email: **consulenza@legislazionetecnica.it**
web: **consulenzalt.it**

Orario Segreteria
dal lunedì al venerdì ore 9.15-13 e 14-17.45