

Protocollo d'intesa tra l'ANAC e Ministero dell'Interno: i contenuti di interesse

6 Agosto 2014

Facendo seguito alla News del 17 luglio u.s., con cui si è data notizia al sistema associativo della adozione, tra il Ministero dell'Interno e l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), di un protocollo di intesa recante “*Prime linea guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra ANAC – Prefetture-UTG e Enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*”, si evidenziano i seguenti contenuti di interesse.

L'atto di indirizzo si propone anzitutto di mettere a punto una stabile cooperazione tra l'Autorità Nazionale Anticorruzione, le Prefetture-Uffici Territoriali del Governo e gli altri Enti Locali, finalizzata ad agevolare la piena attuazione delle previsioni contenute nella legge anticorruzione n.190/2012 e nelle altre fonti normative che da essa derivano.

In secondo luogo, le Linee Guida intendono fornire alcuni primi orientamenti interpretativi per l'attuazione delle previsioni introdotte dall'art. 32 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, che consente al Presidente dell'ANAC di richiedere ai Prefetti di adottare “*Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione*”.

A tale proposito, si evidenzia che il Decreto Legge 90/2014 è attualmente in corso di conversione e che il testo dell'art. 32 sta subendo delle modifiche. Il Protocollo è stato invece adottato sulla base del testo della norma contenuto nel Decreto Legge.

Ciò premesso, si ricorda che l'art. 32, nella versione di cui al Decreto Legge n. 90/2014, prevede che nelle ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i reati di concussione, corruzione e turbativa d'asta ovvero in presenza di rilevanti situazione anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, il Presidente dell'ANAC, in presenza di fatti gravi e accertati, propone al Prefetto competente l'adozione dei seguenti provvedimenti alternativi :

a)ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento penale;

b)provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento penale.

Il Prefetto, previo accertamento dei presupposti e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto di indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali, sostituendo il soggetto coinvolto nel termine di 30 giorni; ove l'impresa non si adegui in tale termine ovvero nei casi più gravi, provvede direttamente, con decreto, alla nomina di uno o più amministratori (non più di 3), a cui sono attribuiti tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa, con conseguente sospensione dei poteri di disposizione e gestione dei relativi titolari. In caso di impresa costituita in forma societaria, per l'intera durata della misura, sono sospesi i poteri dell'assemblea. Il decreto stabilisce anche la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera oggetto del contratto.

Nel periodo di vigenza di tale misura, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori, che rispondono delle eventuali diseconomie dei risultati dell'attività di straordinaria gestione solo nei casi di dolo e colpa grave. Inoltre, gli utili di impresa sono accantonati in un apposito fondo, sino all'esito del giudizio penale.

Nel caso in cui le indagini relative ai reati di cui in precedenza riguardino componenti di organi societari diversi da quelli destinatari dei provvedimenti di cui alle sopracennate lettere a) e b), è prevista la possibilità di adottare misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, attraverso la nomina, da parte del Prefetto, di uno o più esperti (non più di 3), che devono fornire all'impresa prescrizione operative. Anche in tal caso il compenso dei consulenti è comunque posto a carico dell'impresa.

Infine, viene attribuito al Prefetto, nei casi in cui sia stata emessa una informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, il potere di disporre di propria iniziativa tutte le misure straordinarie contemplate dall'articolo in commento, informando il Presidente dell'ANAC.

In merito a tale disposizione, l'atto di indirizzo specifica alcuni aspetti, di seguito riportati.

In primo luogo, il Protocollo sottolinea che la misura straordinaria previste del commissariamento dell'impresa, è sempre disposta limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento.

In altri termini, viene confermata la natura “*ad contractum*” della misura in questione. In sostanza, l'intervento di commissariamento non implica “l'azzeramento” degli organi sociali preesistenti, in quanto gli amministratori nominati dal Prefetto si limitano a sostituire i titolari degli organi sociali dotati di omologhi poteri soltanto per ciò che concerne la gestione delle attività d'impresa connesse all'esecuzione dell'appalto, da cui trae origine la misura.

Pertanto, secondo quanto indicato nel Protocollo in commento, gli organi sociali “ordinari” (cioè diversi da quelli nominati dal Prefetto), rimangono in carica per lo svolgimento di tutti gli altri affari riguardanti lo stesso o altri eventuali settori dell'attività economica dell'azienda.

Si realizza, dunque, in linea con l'orientamento sostenuto dall'ANCE nel corso dell'Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera, sul provvedimento di conversione del D.L. 90/2014, una forma di gestione “separata” e “a tempo” di un segmento dell'impresa, finalizzata esclusivamente all'esecuzione dell'appalto pubblico.

L'Atto di indirizzo si sofferma, poi, sulle circostanze suscettibili di dar luogo ai provvedimenti di cui al citato articolo 32.

Infatti, quanto alla possibilità di adottare i provvedimenti prefettizi di cui all'articolo 32 in presenza di “*situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali*”, il protocollo ritiene che le circostanze suscettibili di dare luogo all'applicazione delle misure straordinarie debbano essere individuate, non solo in fatti riconducibili ai reati contro la pubblica amministrazione, ma anche a vicende e situazioni che possono essere propedeutiche alla commissione di quest'ultimi o che comunque sono ad essi contigue.

Inoltre, si interpreta il riferimento alle “situazioni anomale”, di cui al primo comma dell'art. 32 citato, come riconducibile a fattispecie distorsive della regolarità e trasparenza delle procedure di aggiudicazione, quali, ad esempio, la comprovata sussistenza di collegamenti sostanziali tra imprese partecipanti alla gara; la rilevata sussistenza di accordi di desistenza artatamente orientati a favorire l'aggiudicazione nei confronti di un'impresa; la accertata violazione dei principi che sorreggono la trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica, qualora da elementi di contesto possa formularsi un giudizio di probabile riconducibilità del fatto a propositi di illecita interferenza.

Il Protocollo di intesa ritiene, inoltre, che l'articolo 32 citato subordini l'applicazione delle misure straordinarie all'acquisizione di una certezza probatoria inferiore a quella tipica del procedimento penale.

È sufficiente che gli elementi riscontrati siano indicativi della probabilità dell'esistenza delle predette condotte ed eventi, probabilità che deve essere ritenuta sulla base di una valutazione discrezionale delle circostanze emerse, le quali devono essere però connotate da tratti di pregnanza ed attualità.

Vengono considerati “fatti accertati” quelli corroborati da riscontri oggettivi, mentre il requisito della gravità dei fatti viene ritenuto soddisfatto laddove i fatti stessi abbiano raggiunto un livello di concretezza tale da rendere probabile un giudizio prognostico di responsabilità, nei confronti dei soggetti della compagine di impresa, per condotte illecite o criminali.

Con riferimento al comma 5 dell'articolo 32, ed, in particolar modo, alla previsione secondo cui il Prefetto deve revocare le misure straordinarie nel caso in cui sopravvenga un provvedimento che disponga la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa, il documento in commento prevede che la revoca debba essere disposta anche nell'ipotesi in cui l'Autorità Giudiziaria adotti un provvedimento che escluda ipotesi di responsabilità dell'operatore economico nelle vicende che hanno dato luogo alle misure stesse. Inoltre, viene previsto che, anche nell'ipotesi in cui sopravvengano sentenze di proscioglimento per motivi diversi da quelli sopra indicati, oppure sentenze di patteggiamento ovvero provvedimenti che determinino la cessazione delle misure cautelari disposte dall'Autorità Giudiziaria, il Prefetto d'intesa con il Presidente dell'ANAC debbano valutare discrezionalmente se sia venuto meno il profilo di responsabilità addebitabile all'impresa, al fine di revocare le misure straordinarie.

Infine, il Protocollo contiene “*Indirizzi concernenti i protocolli di legalità in materia di appalti pubblici*”.

In particolare, viene ritenuto strategico ampliare l'ambito di operatività di tali strumenti anche oltre il tradizionale campo delle infiltrazioni mafiose per farne un mezzo di prevenzione di portata più generale. Alla luce di ciò, viene raccomandato ai Prefetti e alle altre Amministrazioni ed enti operanti in veste di Stazione appaltante, di ispirarsi ad un modello di protocolli di legalità di “nuova generazione”, introducendo, accanto alle tradizionali clausole antimafia, pattuizioni tese a rafforzare gli impegni alla trasparenza e alla legalità, pure in ambiti non strettamente riconducibili ai rischi di aggressione da parte del crimine organizzato.

Più in particolare, viene ritenuto opportuno prevedere, nei nuovi protocolli, clausole volte a riconoscere alla Stazione appaltante la potestà di azionare la clausola risolutiva espressa, ai sensi dell'art. 1456 c.c., ogni qualvolta l'impresa non dia comunicazione del tentativo di concussione subito, risultante da una misura

cautelare o dal disposto rinvio a giudizio nei confronti dell'amministratore pubblico responsabile dell'aggiudicazione.

Sempre per le finalità in discorso, viene suggerito di prevedere, altresì la possibilità per la Stazione appaltante di attivare lo strumento risolutorio in tutti i casi in cui, da evidenze giudiziarie consolidate in una misura cautelare o in un provvedimento di rinvio a giudizio, si palesino accordi corruttivi tra il soggetto aggiudicatore e l'impresa aggiudicataria.

In tal caso, tuttavia, l'esercizio della potestà di risoluzione contrattuale deve previamente essere sottoposta alla valutazione dell'ANAC, per consentire di verificare quale strumento sia più idoneo nel caso concreto, ossia la risoluzione ovvero l'adozione delle misure straordinarie di cui all'articolo 32 del D.L. 90/2014.