

COMUNE DI GAGLIANICO
PROVINCIA DI BIELLA

PIANO ANTICORRUZIONE 2016-2018

INDICE

Nota introduttiva al piano anticorruzione

Piano anticorruzione

TITOLO I

UFFICI SOGGETTI A RISCHIO CORRUZIONE

1. Individuazione delle attività a più elevato rischio di corruzione nell'ente
2. Metodologia utilizzata per la valutazione del rischio
3. La concessione di contributi di natura socio-economica (rischio medio)
4. La concessione di contributi ed ausili finanziati a soggetti senza scopo di lucro (rischio alto)
5. L'affidamento degli appalti (rischio alto)
6. L'affidamento di beni e concessioni di qualsiasi natura a terzi (rischio alto)
7. I concorsi pubblici (rischio alto)
8. I procedimenti amministrativi di qualsiasi natura (rischio alto)
9. Gli atti abilitativi edilizi (rischio alto)

TITOLO II

1. Previsione di obblighi di informazione nei confronti del responsabile per evitare conflitti di interesse
2. Rispetto dei termini, previsti dalla legge o dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti
3. Obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge
4. Rotazione degli incarichi negli uffici nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione
5. Individuazione del personale da inserire nei programmi di formazione sull'anticorruzione
6. Programma formazione

Allegato: Tabella n. 1 – Tabella valutazione del rischio
 Tabella n. 2 – valori e frequenze della probabilità

Nota introduttiva al piano anticorruzione

Il piano non rappresenta un mero esercizio di stile, ma deve preconstituire un valido strumento operativo, in quanto l'esonero dalla responsabilità "del responsabile" transita attraverso il giudizio d'idoneità del sistema interno di organizzazione e controlli, che il giudice penale è chiamato a porre in essere in occasione del procedimento penale a carico dell'autore materiale del fatto illecito.

Ne consegue che il modello organizzativo e la vigilanza sul medesimo, devono porsi come obiettivo principale ed esclusivo quello d'essere a prova di giudizio da parte del giudice chiamato a valutarne la reale efficacia e tenuta applicativa.

Fondamentale è il postulato secondo cui il piano deve essere concretamente idoneo a prevenire la realizzazione del delitto di corruzione; ne consegue che il soggetto non solo dovrà volere la realizzazione del reato, ma dovrà altresì, per poterlo realizzare, aggirare fraudolentemente le indicazioni del piano medesimo.

Questo basti a comprendere che l'estrema severità sulla cui idea è stato predisposto il seguente piano, nasce esclusivamente dall'esigenza di preconstituire un valido strumento per rispondere alle esigenze che l'ordinamento penale richiede a tutti i responsabili della gestione di un modello organizzativo aziendale.

Non vengono fatti sconti poiché ciascuno risponde sulla base di quanto avrebbe potuto o dovuto porre in essere.

La finalità è quella di comprimere l'utilizzo del potere discrezionale laddove vigente e di blindare l'uso del potere vincolato laddove è la stessa legge che lo prevede come unico strumento operativo utilizzabile.

PIANO ANTICORRUZIONE

1. Distinzione tra organi di governo ed organi di gestione e gestione dei rapporti

Occorre sottolineare in via preliminare che la corruzione per un atto d'ufficio di cui all'art. 318 c.p. (corruzione impropria), ha subito una rivisitazione ed ora viene ridenominata come "corruzione per l'esercizio della funzione".

Mentre nella previgente configurazione il fatto incriminato al comma primo era quello del "pubblico ufficiale che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve per sé o per un terzo, in denaro o altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta o ne accetta la promessa" e, al comma secondo, quello del pubblico ufficiale che "riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto", nell'attuale impostazione la condotta espressamente contemplata è quella, complessivamente strutturata in un unico comma, del "*pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa*".

Il primo, più evidente, segno di differenziazione tra la vecchia e la nuova ipotesi di "corruzione impropria" è rappresentato dalla soppressione del necessario collegamento della utilità ricevuta o promessa con un atto, da adottare o già adottato, dell'ufficio, divenendo quindi possibile la configurabilità del reato anche nei casi in cui l'esercizio della funzione pubblica non debba concretizzarsi in uno specifico atto.

L'innovazione pare peraltro avere recepito, in tal modo, gli approdi dell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità che, sia pure con riferimento alla corruzione propria, non solo ha attribuito alla nozione di atto di ufficio, intesa dunque in senso lato, una vasta gamma di comportamenti, effettivamente o potenzialmente riconducibili all'incarico del pubblico ufficiale (e quindi non solo il compimento di atti di amministrazione attiva, la formulazione di richieste o di proposte, l'emissione di pareri, ma anche la tenuta di una condotta meramente materiale o il compimento di atti di diritto privato: vedi, tra le altre, Sez. VI, n. 38698 del 26/09/2006, Moschetti ed altri, Rv. 234991; Sez. VI, n. 23804 del 17/03/2004, P.G. in proc. Sartori e altri, Rv. 229642), ma è giunta anche, in plurimi arresti, a prescindere dalla necessaria individuazione, ai fini della configurabilità del reato, di un atto al cui compimento collegare l'accordo corruttivo, ritenendo sufficiente che la condotta presa in considerazione dall'illecito rapporto tra privato e pubblico ufficiale sia individuabile anche genericamente, in ragione della competenza o della concreta sfera di intervento di quest'ultimo, così da essere suscettibile di specificarsi in una pluralità di atti singoli non preventivamente fissati o programmati, ma pur sempre appartenenti al "genus" previsto (Sez. VI, n. 30058 del 16/05/2012, p.c. in proc. Di Giorgio e altro, Rv. 253216; Sez. VI, n. 2818 del 02/10/2006, Bianchi, Rv. 235727), sino al punto di affermare (in difformità da un precedente orientamento che negava la sussistenza del reato laddove il versamento del denaro o di altra utilità, fosse il prezzo di eventuali, futuri e imprecisati atti omissivi o commissivi: vedi Sez. VI, n. 9354 del 19 settembre 1997, Paolucci ed altro, Rv. 210301) come integri il reato di corruzione, in particolare di quella cosiddetta "propria", sia l'accordo per il compimento di un atto non necessariamente individuato "ab origine", ma almeno collegato ad un "genus" di atti preventivamente individuabili, sia l'accordo che abbia ad oggetto l'asservimento - più o meno sistematico - della funzione pubblica agli interessi del privato corruttore, che si realizza nel caso in cui il privato prometta o consegni al soggetto pubblico, che accetta, denaro od altre utilità, per assicurarsene, senza ulteriori specificazioni, i futuri favori (Sez. fer., n. 34834 del 25/08/2009, Ferro, Rv. 245182).

La nuova norma, anzi, pur continuando ad essere formalmente rubricata come "corruzione", avrebbe in realtà introdotto, secondo alcune prime letture dottrinali, la figura di un vero e proprio "asservimento" del soggetto pubblico ai desiderata del soggetto privato, stante la non necessità di dimostrare appunto un legame tra il compenso ed uno specifico atto di ufficio.

Non è inutile notare, peraltro, che la eliminazione dalla fattispecie di qualsiasi riferimento all'atto oggetto di scambio comporta un'asimmetria tra l'elemento oggettivo della corruzione impropria e quello della corruzione propria, in precedenza convergenti nell'ancorare la promessa o la dazione

illecite al compimento di un atto, rispettivamente, proprio dell'ufficio ovvero contrario ai doveri di ufficio del pubblico ufficiale. A seguito della novella, dunque, la sola corruzione propria continua oggi ad essere impostata sul riferimento ad un atto dell'ufficio.

Piuttosto, vi è da chiedersi se gli approdi giurisprudenziali citati in precedenza e tesi ad escludere la necessità di individuazione dell'atto - ed in qualche misura, come detto, "legittimati" dalla nuova formulazione dell'art. 318 c.p. - continuano ad essere praticabili anche in relazione alla corruzione propria che, come appena detto, continua, con consapevole scelta differenziante del legislatore, ad essere apparentemente imperniata sul sinallagma dazione o promessa di utilità - compimento dell'atto. In altri termini la riconfigurazione esplicita della sola corruzione impropria come mercimonio della funzione o del potere potrebbe ritenersi "nascondere" una sorta di interpretazione autentica implicita dell'art. 319 c.p. divergente dai menzionati orientamenti assunti dalla giurisprudenza di legittimità.

La rimodulazione del reato nei termini illustrati, avulsi dal compimento di un atto e calibrata sull'esercizio, non inquadrato temporalmente dalla norma, delle funzioni del pubblico ufficiale, ha reso inoltre, come già visto, inutile la distinzione, in precedenza sussistente, tra reato di corruzione impropria antecedente e corruzione impropria susseguente; di qui, pertanto, stante l'onnicomprensività della nuova ipotesi modellata dalla novella, l'operata abrogazione del comma secondo dell'art. 318 c.p.; pare lecito aggiungere che, considerato quanto appena detto, tra vecchia e nuova disposizione possa essere individuato un rapporto di continuità normativa con conseguente applicabilità, ex art. 2, comma 4, c.p., per le condotte tenute anteriormente alla entrata in vigore della novella, della previgente disposizione in quanto più favorevole; la pena è infatti stata portata, dall'intervento normativo, dai precedenti limiti di mesi sei nel minimo ed anni tre di reclusione nel massimo, ad anni uno nel minimo ed anni cinque di reclusione nel massimo.

Va poi rilevato che, nonostante la nuova riformulazione dell'art. 318 c.p. in un unico complessivo comma in luogo dei due preesistenti (rispettivamente già dedicati a corruzione impropria antecedente e corruzione impropria susseguente), il riferimento operato dall'art. 321 al "primo comma dell'articolo 318" è rimasto, verosimilmente per un difetto di coordinamento con la innovazione operata, inalterato; ciò non toglie che, per effetto dell'inglobamento di corruzione antecedente e susseguente all'interno di una unica fattispecie, il corruttore possa oggi essere punito, in forza del richiamo da parte dell'art. 321, anche per la corruzione susseguente, configurandosi in tal modo, una ipotesi di nuova incriminazione, insuscettibile, come tale, di applicazione retroattiva (in ordine alla precedente non punibilità del corruttore, Sez. VI, n. 1033 del 26/06/1968, Pilotto, Rv. 108791).

Da quanto messo in luce si evince altresì che il responsabile del piano debba tenere in grande considerazione anche il rapporto tra l'organo politico e la dirigenza poiché se è vero che il potere gestorio è attribuito *ex lege* al dirigente, potrebbe essere nella realtà che l'organo politico, in ragione della sua sfera di influenza sul dirigente, utilizzi il dirigente, (consapevole ovvero ignaro), per i suoi specifici interessi.

Si pensi ad una banale richiesta di invito di cinque operatori economici ad un affidamento, laddove il dirigente si limiti ad invitare gli operatori indicati dall'amministratore. Indubbiamente oltre alla palese violazione della norma potrebbe ingenerarsi anche un altissimo rischio corruttivo laddove a monte vi fosse stato un accordo per veicolare l'aggiudicazione finale.

Ecco quindi che sulla base della novella del codice penale appare quanto meno opportuno dare concreta attuazione al principio introdotto nel 1993 ed avente ad oggetto la suddivisione tra organi gestionali ed organi politici.

L'attuale art. 4 dispone testualmente che:

Art. 4 - Indirizzo politico-amministrativo. Funzioni e responsabilità

1. Gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti. Ad essi spettano, in particolare:

le decisioni in materia di atti normativi e l'adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed

applicativo;

la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione;

la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale;

la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi;

le nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni;

le richieste di pareri alle autorità amministrative indipendenti ed al Consiglio di Stato;

gli altri atti indicati dal presente decreto.

2. Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati.

3. Le attribuzioni dei dirigenti indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative.

Il secondo comma chiaramente dispone che “ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati.”

Nel Comune di Gaglianico, in assenza di figure dirigenziali, sono da considerare come funzioni spettanti ai Responsabili dei Servizi (RdS).

Ne consegue che la scelta su come in concreto gestire l'attività amministrativa per realizzare quanto indicato negli obiettivi posti dall'organo di governo spetta ai RdS, nei riguardi dei quali non può in alcun modo essere esercitata alcuna forma diretta od indiretta di pressione. La norma invero chiarisce che essi *sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati.*

Le relazioni tra l'organo di governo e i Responsabili dei Servizi transitano dal piano esecutivo di gestione od atto analogo, ove l'organo di indirizzo indica con puntualità gli obiettivi che vengono attribuiti ai RdS per l'anno finanziario di riferimento.

Per cui, laddove un amministratore cerchi di ingerirsi attivamente nella nell'esercizio dell'attività amministrativa trasbordando con evidenza dal suo ruolo, volendo forzare, modificare, influenzare direttamente o indirettamente la gestione del procedimento, il dipendente, a prescindere dal suo ruolo, dovrà tempestivamente relazionare per iscritto al responsabile del piano, indicando con puntualità quanto accaduto.

RAPPORTI TRA RdS ED ORGANI POLITICI IN TEMA PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Il procedimento amministrativo è governato in ogni sua fase dal Responsabile del Servizio e dal Responsabile del Procedimento.

Per cui, laddove un amministratore cerchi di ingerirsi attivamente nell'esercizio dell'attività amministrativa trasbordando dal suo ruolo, volendo forzare, modificare, influenzare direttamente o indirettamente la gestione del procedimento, il dipendente, a prescindere dal suo ruolo dovrà tempestivamente relazionare per iscritto al responsabile del piano, indicando con puntualità quanto accaduto. Successivamente, il responsabile del piano dovrà segnalare tempestivamente quanto accaduto al Prefetto ed al presidente del Consiglio comunale ove previsto.

RAPPORTI TRA RdS ED ORGANI POLITICI IN TEMA DI APPALTI O DI PROCEDURE DI AFFIDAMENTO IN GENERE

La scelta della procedura di affidamento è attribuita in via esclusiva al RdS, il quale dovrà, nella determinazione a contrarre, dare conto della procedura da seguire secondo legge.

Lo stesso dicasi per quanto attiene, (nei limiti in cui è ammesso l'affidamento in economia), alla scelta degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate.

L'amministratore potrà solo conoscere, alla data in cui è scaduto il termine di presentazione delle offerte, quanti e quali operatori economici hanno presentato la relativa offerta ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006.

Per cui, laddove un amministratore cerchi di ingerirsi attivamente nell'esercizio dell'attività amministrativa trasbordando dal suo ruolo, volendo forzare, modificare, influenzare direttamente o indirettamente la gestione del procedimento, il dipendente, a prescindere dal suo ruolo dovrà tempestivamente relazionare per iscritto al responsabile del piano, indicando con puntualità quanto accaduto. Successivamente, il responsabile del piano dovrà segnalare tempestivamente quanto accaduto al Prefetto ed al presidente del Consiglio comunale.

RAPPORTI TRA RdS ED ORGANI POLITICI IN TEMA DI RILASCIO DI ATTI ABILITATIVI EDILIZI

In tema di rilascio di atti abilitativi edilizi ogni fase relativa alla gestione amministrativa è di competenza esclusiva del RdS nei riguardi del quale non può in alcun modo essere esercitata alcuna forma diretta od indiretta di pressione.

Per cui, laddove un amministratore cerchi di ingerirsi attivamente nell'esercizio dell'attività amministrativa trasbordando dal suo ruolo, volendo forzare, modificare, influenzare direttamente o indirettamente la gestione del procedimento, il dipendente, a prescindere dal suo ruolo dovrà tempestivamente relazionare per iscritto al responsabile del piano, indicando con puntualità quanto accaduto. Successivamente, il responsabile del piano dovrà segnalare tempestivamente quanto accaduto al Prefetto ed al presidente del consiglio comunale.

RAPPORTI TRA RdS ED ORGANI POLITICI IN TEMA DI CONTRIBUTI DI NATURA SOCIO ECONOMICA

In tema di elargizioni di contributi di natura socio economica l'organo di governo nell'ambito dei principi dell'ordinamento giuridico definisce discrezionalmente i criteri ed i requisiti oggettivi per attribuire contributi di natura economica in materia di servizi sociali.

I contributi devono poi essere elargiti attraverso un procedimento formale ed automatico da parte del RdS essendosi la discrezionalità politica già esaurita nella predeterminazione dei criteri e requisiti di accesso al contributo.

Per cui, laddove un amministratore cerchi di ingerirsi attivamente nell'esercizio dell'attività amministrativa trasbordando dal suo ruolo, volendo forzare, modificare, influenzare direttamente o indirettamente la gestione del procedimento, il dipendente, a prescindere dal suo ruolo dovrà tempestivamente relazionare per iscritto al responsabile del piano, indicando con puntualità quanto accaduto. Successivamente, il responsabile del piano dovrà segnalare tempestivamente quanto accaduto al Prefetto ed al presidente del Consiglio comunale.

RAPPORTI TRA RdS ED ORGANI POLITICI IN TEMA DI CONTRIBUTI A SOGGETTI SENZA SCOPO DI LUCRO

In tema di elargizioni di contributi ad enti associativi senza scopo di lucro l'organo di governo nell'ambito dei principi dell'ordinamento giuridico definisce discrezionalmente i criteri ed i requisiti oggettivi per attribuirli.

I contributi devono poi essere elargiti attraverso un procedimento formale ed automatico da parte del RdS essendosi la discrezionalità politica già esaurita nella predeterminazione dei criteri e requisiti di accesso al contributo.

Per cui, laddove un amministratore cerchi di ingerirsi attivamente nell'esercizio dell'attività amministrativa trasbordando dal suo ruolo, volendo forzare, modificare, influenzare direttamente o indirettamente la gestione del procedimento, il dipendente, a prescindere dal suo ruolo dovrà tempestivamente relazionare per iscritto al responsabile del piano, indicando con puntualità quanto accaduto. Successivamente, il responsabile del piano dovrà segnalare tempestivamente quanto accaduto al Prefetto ed al presidente del Consiglio comunale.

TITOLO I

UFFICI SOGGETTI A RISCHIO CORRUZIONE

1. INDIVIDUAZIONE DELLE ATTIVITA' A PIU' ELEVATO RISCHIO DI CORRUZIONE NELL'ENTE

Le attività a rischio di corruzione (art. 1 c. 4, c. 9 lett. "a" legge 190/2012), sono così individuate:

- materie oggetto di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi; (art. 53 D.Lgs. 165/2001 modificato dai commi 42 e 43).
- materie oggetto di codice di comportamento dei dipendenti dell'Ente; (art. 54 D.Lgs. 165/2001 cfr. co. 44);
- materie il cui contenuto è pubblicato nei siti internet delle pubbliche amministrazioni art. 54 D.Lgs. 82/2005 (codice amministrazione digitale);
- retribuzioni dei dirigenti e tassi di assenza e di maggiore presenza del personale (art. 21 legge 69/2009);
- trasparenza (art. 11 legge 150/2009);
- materie oggetto di informazioni rilevanti con le relative modalità di pubblicazione individuate con DPCM ai sensi del comma 31, art. 1, legge 190/2012;

Per ogni unità organizzativa dell'ente sono ritenute attività a rischio di corruzione tutti i procedimenti di seguito riportati:

- Autorizzazioni;
- Concessioni;
- Concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzioni di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati;
- Scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;
- Concorsi e prove selettive per l'assunzione di personale e per la progressione in carriera.

I suddetti procedimenti corrispondono alle aree di rischio obbligatorio per tutte le amministrazioni e indicate nell'allegato 2 del P.N.A.

2. METODOLOGIA UTILIZZATA PER LA VALUTAZIONE DEL RISCHIO

Relativamente alla metodologia utilizzata si fa riferimento agli indirizzi riportati nell'allegato 1, paragrafo B.1.2 del P.N.A. che viene riportato in calce al presente piano (Tabella n. 1, e n. 2)

Sulla base dell'analisi della valutazione del rischio secondo i parametri della tabella 1 e 2 le attività a rischio di corruzione sono state classificate in rischio medio e alto come meglio di seguito specificato.

3. LA CONCESSIONE DI CONTRIBUTI DI NATURA SOCIO-ECONOMICA (RISCHIO MEDIO)

Natura del contributo

Occorre preliminarmente chiarire che il concetto di contributo di natura sociale può manifestarsi in una duplice accezione, ossia in una elargizione di una somma di denaro che il privato riceve, ovvero in un esonero dal pagamento di una somma di denaro che il privato avrebbe dovuto pagare.

In entrambe i casi si è in presenza di un utilizzo di risorse pubbliche e come tale la disciplina che di seguito viene enunciata trova applicazione per entrambe le ipotesi.

Modello organizzativo per il settore dei contributi nell'ambito dei servizi sociali

Storicamente, la discrezionalità amministrativa nasce per indicare quegli atti amministrativi sottratti alla giurisdizione del giudice in attuazione del principio di separazione di poteri che attribuisce alla funzione amministrativa il suo ambito di autonomia. La c.d. riserva di funzione amministrativa.

La corretta perimetrazione dei confini della discrezionalità amministrativa risulta centrale per indicare i limiti del potere del giudice di sindacarne l'esercizio.

Gli elementi che connotano giuridicamente la discrezionalità amministrativa convergono nella definizione che Virga ne diede quale facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il perseguimento di un fine corrispondere alla causa del potere esercitato, pur sempre nel rispetto dei principi di ragionevolezza, logica ed imparzialità, quali principi di ordine giuridico che sostengono l'azione amministrativa.

Laddove la pubblica amministrazione abbia rispettato le predette condizioni, e nei limiti in cui ad essa residui spazio per decidere tra più comportamenti possibili, ella esercita la propria discrezionalità amministrativa sottratta al controllo giurisdizionale.

La definizione è stata poi necessariamente integrata in quanto la stessa non evidenziava il fatto che l'interesse pubblico non esiste mai come solitario, ma esiste insieme al altri interessi pubblici, collettivi o privati che siano, per cui è necessaria sempre una comparazione o giusto temperamento tra i vari interessi che vengono in considerazione al fine di conseguire sì il pubblico interesse, ma con il minor sacrificio possibile degli altri interessi che vengono a configgere con quello pubblico, c.d. principio del minimo mezzo.

Indubbiamente l'esercizio della discrezionalità amministrativa consta di due elementi, così come chiarito dalla dottrina amministrativistica.

L'elemento del giudizio o analisi dei fatti e l'elemento della scelta

L'elemento della valutazione dei fatti rappresenta l'antecedente logico funzionale alla scelta in quanto consiste nella prospettazione di tutti gli elementi e di tutti gli interessi coinvolti nel caso di specie, laddove invece la scelta rappresenta il momento in cui, alla luce di quanto emerso, la pubblica amministrazione adotta la soluzione che ritiene più opportuna.

Questa scelta che costituisce l'essenza della discrezionalità amministrativa, per non essere arbitraria e quindi oggetto di censura, deve essere posta in essere sulla base di adeguata istruttoria e nel rispetto di determinati parametri quali la ragionevolezza, il perseguimento del fine corrispondente alla causa del potere esercitato e l'imparzialità.

Il mancato rispetto di questi parametri comporta l'illegittimità del provvedimento per violazione di eccesso di potere. Ogni potere non è mai fine a se stesso, ma deve rispondere sempre alle ragioni per le quali è stato attribuito. Per cui se la pubblica amministrazione basa la sua scelta su di un'adeguata istruttoria rispettosa dei parametri della ragionevolezza e dell'imparzialità, certamente l'esercizio del suo potere non potrà essere oggetto di sindacato giurisdizionale.

La dottrina considera infatti il merito della scelta amministrativa come la conformità della scelta discrezionale alle regole non giuridiche di buona amministrazione che coincidono sostanzialmente con l'opportunità e la convenienza dell'azione amministrativa.

Va precisato tuttavia che i confini della discrezionalità amministrativa in questi anni sono stati parzialmente erosi in quanto l'art. 1 della L. n. 241/1990 nel rilevare che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità e di efficacia, esprime chiaramente che tali criteri non costituiscono più regole metagiuridiche e quindi di merito della scelta amministrativa sottratta al controllo giurisdizionale, ma traslano nel giuridicamente rilevante, con la naturale conseguenza che il sindacato del giudice può giungere a censurare il comportamento amministrativo non efficace e diseconomico.

Occorre sottolineare che mentre il giudice amministrativo è giudice dell'atto, il giudice contabile non è interessato all'atto amministrativo in quanto tale, con evidente sovrapposizione di funzione, ma è interessato al fatto giuridico che può comportare un danno erariale.

Si tratta di aspetti delicati ma distinti in quanto l'uno attiene al controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'atto mentre l'altro attiene al controllo del fatto giuridico determinato dall'atto che potrebbe comportare un danno patrimoniale all'ente.

Ne consegue che un atto potrebbe essere illegittimo ma non costitutivo di un danno patrimoniale in sé considerato; si pensi ad un affidamento di un appalto senza preliminare procedura ad evidenza pubblica ma ad un prezzo assolutamente competitivo rispetto al mercato la cui esecuzione si è per altro caratterizzata per correttezza e precisione di adempimento. In questo caso appare evidente che il provvedimento seppur illegittimo non è comunque fonte di un danno all'erario.

La L. n. 20/1994, all'art. 1, precisa che la cognizione del giudice contabile viene esercitata ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

La norma sembra esprimere il principio secondo il quale al giudice contabile è comunque attribuita giurisdizione sulle modalità attraverso cui la pubblica amministrazione esercita il potere discrezionale e quindi al sindacato concernente la corrispondenza tra fine istituzionale e fine in concreto realizzato, la ragionevolezza, la congruità, la proporzionalità tra mezzo impiegato e risultato ottenuto senza entrare nel merito se la scelta è conveniente ovvero opportuna.

Si suole affermare che le scelte operate dall'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale possono essere sindacate solo quando siano violati i limiti dell'interesse pubblico della causa del potere esercitato, del rispetto dei principi di logica ed imparzialità poiché in tali casi la discrezionalità si trasformerebbe in arbitrio.

Tuttavia la giurisprudenza della Corte di Cassazione in funzione di giurisdizione ha evoluto il suo pensiero che qui si può sintetizzare in questi principi:

- l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali rappresenta un principio immanente nell'ordinamento giuridico espressione del principio di separazione dei poteri
- essendo la nozione di discrezionalità amministrativa la stessa nelle varie sedi giurisdizionali, il controllo del giudice contabile non può essere meno ampio e penetrante di quello consentito al giudice amministrativo
- nell'ambito della verifica della conformità dell'azione amministrativa, i principi di efficacia ed economicità costituiscono parametri di legittimità la cui inosservanza può essere oggetto di sindacato.
- la verifica della corretta applicazione dei principi di economicità e di efficacia, trattandosi di clausole generali o concetti giuridici indeterminati, è controllo sulla loro corretta applicazione, che non è sindacato di discrezionalità di merito ma controllo di legittimità sotto il profilo della ragionevolezza e congruità.

Questa evoluzione trova pieno riconoscimento nella sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., n. 33/2001 nella quale è stato statuito che al giudice contabile spetta verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente. Infatti il potere amministrativo persegue i fini determinati dalla legge. Appare quindi opportuno verificare la corrispondenza tra il fine pubblico in concreto perseguito rispetto al fine pubblico istituzionale attribuito all'ente. Il sindacato sui mezzi viene

consentito solo ove il comportamento si traduca in una esorbitanza dell'operato dell'ente rispetto i propri fini laddove al giudice viene attribuita la funzione di verificare che il potere esercitato sia corrispondente ai fini astrattamente previsti dalla norma, lasciando alla pubblica amministrazione la gestione minuta e l'articolazione concreta della cura del pubblico interesse.

Attraverso poi le sentenze della Corte di Cassazione n. 14488/2003 e n. 7024/2006 la riflessione si è evoluta sottolineando da un lato che l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali costituisce un principio immanente dell'ordinamento in funzione del principio di separazione di poteri, ma dall'altro che la nozione di discrezionalità amministrativa è la medesima per ogni sede giurisdizionale con la conseguenza che il controllo del giudice contabile non può essere meno ampio di quello attribuito al giudice amministrativo.

Nell'ambito della verifica di conformità del provvedimento alla legge i principi di economicità ed efficacia costituiscono una regola di legittimità dell'azione amministrativa la cui inosservanza può essere oggetto di sindacato; per cui la verifica del rispetto dei principi generali di economicità ed efficacia, non è un sindacato sulla discrezionalità (merito) ma un controllo di legittimità sotto il profilo della ragionevolezza.

Con la L. n. 241/1990 i confini del merito sono stati parzialmente erosi, mentre l'area della legittimità è stata estesa in quanto se prima i criteri di economicità ed efficacia rappresentavano meri criteri di opportunità della scelta amministrativa, ora rappresentano criteri giuridici dell'azione amministrativa, oggetto di sindacato giurisdizionale.

Del resto, come statuito dalla stessa Corte Costituzionale, la Corte dei Conti rappresenta un organo a servizio dello Stato comunità quale garante imparziale dell'equilibrio economico e finanziario degli enti pubblici e di tutela della corretta gestione delle risorse pubbliche.

Viene quindi attribuita alla Corte dei Conti una funzione di valutazione (ex ante) dell'adeguatezza dei mezzi impiegati rispetto gli obiettivi conseguiti.

Il sindacato sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione si configura concretamente come sindacato non solo sulla congruità dei fini dell'azione amministrativa, ma anche all'adeguatezza del mezzo impiegato rispetto all'obiettivo conseguito in applicazione dei principi di economicità e di efficacia mediante una valutazione di ragionevolezza e di congruità ex ante

Necessità di elaborare criteri oggettivi per l'elargizione dei contributi economici

Nella prassi i Comuni gestiscono l'elargizione dei contributi nei modi più svariati in quanto alcune amministrazioni, ritenendo che la concessione di un contributo sia espressione di una volontà discrezionale politica, elargiscono il contributo con deliberazione di giunta comunale sulla base di una relazione del servizio sociale di base, mentre altre amministrazioni affidano l'elargizione dei contributi al responsabile o dirigente dei servizi alla persona.

A prescindere dalla prassi applicativa, l'art. 12 della L. n. 241/1990 subordina la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persona ed enti pubblici o privati, alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi.

In punto di diritto ne consegue che l'elargizione economica che il Comune pone in essere nei riguardi di un soggetto terzo sia attuativa di un precedente atto formale dal quale si evincano le modalità procedurali di erogazione, i requisiti dei soggetti destinatari, nonché le modalità oggettive per l'attribuzione quantitativa del beneficio. In termini più concreti è necessario predeterminare oggettivamente "a chi dare, quanto dare e perché dare".

La discrezionalità dell'organo di governo si esaurisce nella determinazione dei criteri di determinazione del contributo

La discrezionalità dell'organo politico trova la sua espressione nella norma regolamentare ove sono incardinati i criteri di erogazione dei contributi che poi l'organo gestionale dovrà applicare alle concrete fattispecie.

Lo stesso articolo 25 della legge 328/2000 stabilisce che ai fini dell'accesso ai servizi disciplinati dalla presente legge, la verifica della condizione economica del richiedente è effettuata secondo le disposizioni del D.Lgs. n. 109/1998.

Per cui dalla lettura combinata dell'art. 12 della L. n. 241/1990 e dell'art. 25 della L. n. 328/2000 si evincono chiaramente due corollari:

- il Comune non può elargire una somma di denaro se prima non ha reso note le modalità procedurali ed i criteri attraverso cui la stessa verrà elargita;
- i contributi economici destinati ai soggetti in situazione di bisogno sono subordinati alla determinazione dell'ISEE.

Ciò premesso i contributi straordinari, che il Comune è solito elargire discrezionalmente, spesso per il tramite di deliberazioni di giunta comunale, se pur suffragata dalla relazione dell'assistente sociale, ai soggetti residenti nel proprio territorio, rientrano pienamente in questa disciplina.

Secondo la giurisprudenza amministrativa pacifica, l'art. 12 della L. 7 agosto 1990, n. 241, rivolto ad assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa, si pone come precetto che si attegga a principio generale dell'ordinamento ed impone che l'attività dell'Amministrazione debba non solo essere preceduta da una adeguata pubblicizzazione dell'avvio del procedimento, ma debba rispondere a referenti di carattere assolutamente oggettivo, precedenti al singolo provvedimento.

Ormai lo stesso principio della trasparenza decisionale, che a sua volta transita da una predeterminazione oggettiva dei requisiti di cui è doveroso dare conto, costituisce *ex lege* livello essenziale delle prestazioni, così come disposto dall'art. 1 della L. n. 190/2012.

La concessione di un contributo, come tutti i provvedimenti ampliativi in genere, specialmente trovanti copertura finanziaria in un'assegnazione di somme nel piano esecutivo di gestione, ma anche solo previsti in bilancio negli appositi capitoli destinati alla contribuzione, rappresenta un provvedimento amministrativo a tutti gli effetti, e come tale rientrante nella competenza esclusiva del dirigente.

I contributi devono essere preceduti da idonea pubblicizzazione, dalla indicazione dei criteri di concessione che devono essere esaustivi e completi; devono inoltre essere sorretti da idonea motivazione che dia conto esaustivamente del perché della specifica somma assegnata.

L'erogazione dei contributi equivale ad una vera e propria procedura di evidenza pubblica, dotata dello stesso rigore di una procedura concorsuale o di appalto, quanto alla coerenza tra presupposti, criteri di valutazione e provvedimento finale. Non devono cioè sussistere discrasie logiche o motivazionali tra i presupposti ed il provvedimento; quest'ultimo deve costituire il prodotto dell'applicazione matematica dei punteggi o dei presupposti desumibili dai criteri predeterminati.

I margini c.d. "politici" ovvero discrezionali che l'Amministrazione pure possiede - e possiede in maniera particolarmente estesa - devono essere tutti assolti ed assorbiti a livello di regolamentazione della procedura, ossia nel momento in cui vengono fissati e pubblicizzati i criteri generali che, ex art. 12 della L. n. 241/1990, disciplineranno il procedimento di elargizione del beneficio.

Competenza del RdS in tema di erogazione del contributo

Il provvedimento di concessione del contributo è essenzialmente ed ineliminabilmente un provvedimento del RdS e non può formare oggetto di deliberazione della Giunta a pena di illegittimità dell'atto per violazione dell'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000 che fonda la c.d. "riserva di gestione" in favore dei dirigenti rispetto agli organi politici (sono provvedimenti rientranti nella disposizione di cui all'art. 107, comma 3, lett. f, T.U.E.L. - D.Lgs. n. 267/2000). Per i giudici amministrativi di *prime cure* addirittura la "riserva di gestione" postula l'incompetenza assoluta con eventuale nullità della statuizione dell'organo collegiale deliberante.

Questa soluzione interpretativa particolarmente dirimpante sembra a parere dello scrivente eccessiva in quanto l'organo deliberante incompetente e comunque parte integrante dell'ente pubblico di cui è parte l'organo normativamente competente con applicazione della disciplina della incompetenza relativa e non assoluta.

Sempre i giudici di giudici amministrativi di *prime cure*, sembrano inoltre orientati a ritenere che laddove sia posto in essere un provvedimento viziato da incompetenza relativa questo non possa essere qualificato come vizio formale anche se la decisione da adottarsi non poteva essere diversa da quella in concreto adottata. La motivazione della giurisprudenza poggia sulla considerazione che dalla lettura combinata del primo e secondo comma dell'art. 21-octies della L. 7 agosto 1990, n. 241, si evince che il vizio di competenza comporta l'annullamento dell'atto, non potendo trovare applicazione la regola che preclude l'annullamento laddove sia palese che il suo contenuto non poteva essere diverso da quello in concreto adottato. Tale disposizione si riferisce infatti solo all'ipotesi in cui il provvedimento sia stato adottato in violazione delle regole sul procedimento o sulla forma e non anche sulla competenza. In sostanza il vizio di competenza assurge a vizio sostanziale e non formale.

Questa soluzione è stata tuttavia a sua volta criticata dalla dottrina in quanto, anche in ragione dell'influenza del diritto comunitario, (secondo il quale il vizio formale viene rappresentato da ogni violazione che non incida sulla sostanza della decisione), laddove si tratti di attività vincolata non v'è ragione per annullare un provvedimento per mera violazione della competenza relativa.

La conclusione giuridica della riflessione conduce a ritenere che l'adozione del beneficio economico da parte dell'organo di governo in luogo dell'organo di gestione non comporta la nullità dell'atto amministrativo, ma un vizio di legittimità che, nei limiti in cui si riferisca a decisioni vincolate attuative di un regolamento, non comporta annullamento giacché, la decisione non potrebbe essere diversa da quella di altro organo.

Elemento imprescindibile dell'assunto è comunque che il comune deve esercitare la sua discrezionalità nell'ambito della predeterminazione dei criteri sulla base dei quali poi il Dirigente potrà porre in essere il relativo provvedimento amministrativo di assegnazione.

Si tratta di un provvedimento amministrativo di natura vincolata giacché meramente attuativo di quanto predeterminato dal regolamento.

Conclusioni: L'organo di governo nell'ambito dei principi dell'ordinamento giuridico definisce discrezionalmente i criteri ed i requisiti oggettivi per attribuire contributi di natura economica in materia di servizi sociali.

I contributi devono poi essere elargiti attraverso un procedimento formale ed automatico da parte del dirigente essendosi la discrezionalità politica già esaurita nella predeterminazione dei criteri e requisiti di accesso al contributo.

Unica possibilità di deroga è data dalla possibilità di associare all'intervento economico un progetto individuale predisposto dal servizio sociale di base il quale dovrà tuttavia puntualmente indicare le motivazioni che giustificano sia l'elargizione economica sia il valore della somma erogata.

A prescindere da quanto diversamente disposto da atti di indirizzo ovvero dai regolamenti dell'ente, dalla entrata in vigore del presente piano, nessun contributo di natura socio economica potrà essere elargito senza la previa predeterminazione di criteri oggettivi sulla cui base elargire il beneficio economico.

I criteri generali saranno poi pubblicati sulla sezione corrispondente della AMMINISTRAZIONE TRASPARENTE.

Unica facoltà di deroga è data dalla necessità di associare all'intervento economico un progetto individuale predisposto dal servizio sociale di base il quale dovrà tuttavia puntualmente indicare le motivazioni che portano ad associare al progetto una somma di denaro e le ragioni che ne giustificano l'ammontare in funzione del progetto.

Posizione di interesse legittimo del beneficiario della prestazione economica

Il privato che aspira ad ottenere il contributo si troverà in ogni caso in una situazione di interesse legittimo con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

La natura provvedimentoale dell'atto amministrativo di assegnazione del beneficio influenza la

qualificazione della situazione giuridica del beneficiario in quanto la natura meramente vincolata dello stesso non fa venir meno il carattere di esercizio del potere amministrativo.

La natura vincolata dell'attività amministrativa non comporta in modo automatico che la posizione del privato sia qualificabile come diritto soggettivo e che la giurisdizione appartenga al giudice ordinario, in quanto ai fini del riparto della giurisdizione è rilevante accertare se la norma tende a tutelare l'interesse del privato (*norma di relazione*) ovvero è tesa a tutela l'interesse pubblico (*norma di azione*). Laddove la norma abbia come finalità la gestione di un interesse pubblico, anche in presenza di attività vincolata, la posizione è qualificabile in termini di interesse legittimo con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

L'art. 103 della Costituzione codifica il criterio della *causa petendi* riconoscendo il principio secondo il quale la giurisdizione si fonda sulla dicotomia diritto soggettivo /interesse legittimo e quindi sulla intrinseca natura della posizione giuridica dedotta in giudizio.

La Corte Costituzionale anche recentemente ha affermato in varie occasioni che esiste il potere quando la pubblica amministrazione si pone come autorità volta al perseguimento di un pubblico interesse a prescindere che questo si manifesti con un provvedimento (n. 204/2004 dicotomia diritto/interesse) ovvero con un comportamento (n. 191/2006) ovvero mediante moduli convenzionali ovvero giungendo ad escludere che la presenza di un diritto fondamentale possa comportare ex sé l'assenza del potere amministrativo (n. 140/2007).

I criteri che devono essere filtrati nel regolamento devono essere di natura esclusivamente oggettiva in quanto solo così il procedimento di assegnazione potrà considerarsi trasparente e corretto alla luce dei consociati, i quali quindi potranno già conoscere in via preliminare quali sono i requisiti di accesso al beneficio in regime di parità di trattamento e di trasparenza quali precetti attuativi del principio costituzionale del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione. Solo in questo modo può anestetizzarsi di fatto un eventuale accordo corruttivo in quanto ciascuno ha già chiaro cosa può ottenere.

Conclusioni: L'organo di governo nell'ambito dei principi dell'ordinamento giuridico definisce discrezionalmente i criteri ed i requisiti oggettivi per attribuire contributi di natura economica in materia di servizi sociali.

I contributi devono poi essere elargiti attraverso un procedimento formale ed automatico da parte del dirigente essendosi la discrezionalità politica già esaurita nella predeterminazione dei criteri e requisiti di accesso al contributo.

Unica possibilità di deroga è data dalla possibilità di associare all'intervento economico un progetto individuale predisposto dal servizio sociale di base il quale dovrà tuttavia puntualmente indicare le motivazioni che giustificano sia l'elargizione economica sia il valore della somma erogata.

A prescindere da quanto diversamente disposto da atti di indirizzo ovvero dai regolamenti dell'ente, dalla entrata in vigore del presente piano, nessun contributo di natura socio economica potrà essere elargito senza la previa predeterminazione dei criteri oggettivi sulla cui base elargire il beneficio economico.

Unica facoltà di deroga è data dalla necessità di associare all'intervento economico un progetto individuale predisposto dal servizio sociale di base il quale dovrà tuttavia puntualmente indicare le motivazioni che portano ad associare al progetto una somma di denaro e le ragioni che ne giustificano l'ammontare in funzione del progetto.

Il RdS relazionerà per iscritto con cadenza annuale (entro il 10 dicembre) sull'andamento della gestione dei contributi mediante un referto nel quale sono indicati cronologicamente tutti i provvedimenti di attribuzione dei contributi ed il relativo ammontare dando conto che tutti i contributi sono stati elargiti sulla base di quanto previsto dal presente piano.

Per quanto attiene ai contributi associati al progetto individuale predisposto dal servizio sociale di base dovrà essere redatto un referto separato nel quale dovranno essere allegati le relazioni del servizio sociale di base contenenti le motivazioni che hanno portato ad associare al progetto una somma di denaro e le ragioni che ne giustificano l'ammontare in funzione del progetto.

4. LA CONCESSIONE DI CONTRIBUTI ED AUSILI FINANZIATI A SOGGETTI SENZA SCOPO DI LUCRO (RISCHIO ALTO)

Modello organizzativo per l'attribuzione dei contributi alle associazioni, agli enti privati senza scopo di lucro di qualunque natura e genere

L'art. 12 della L. n. 241/1990 testualmente recita: “1. La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità di cui le amministrazioni stesse devono attenersi.

2. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma.”

La giurisprudenza in più occasioni ha sottolineato che: “L'erogazione dei contributi alle associazioni equivale ad una vera e propria procedura ad evidenza pubblica, dotata dello stesso rigore di una procedura concorsuale o di appalto, quanto alla coerenza tra presupposti, criteri di valutazione e provvedimento finale. Non devono cioè sussistere discrasie logiche o motivazionali tra i presupposti ed il provvedimento; quest'ultimo deve costituire il prodotto dell'applicazione matematica dei punteggi o dei presupposti desumibili dai criteri predeterminati. I margini c.d. “politici” ovvero discrezionali che l'Amministrazione pure possiede - e possiede in maniera particolarmente estesa - devono essere tutti assolti ed assorbiti a livello di regolamentazione della procedura, ossia nel momento in cui vengono fissati e pubblicizzati i criteri generali che, ex art. 12 della L. n. 241/1990, disciplineranno il procedimento di elargizione del beneficio.”

La L. n. 190/2012 sottolinea testualmente come l'attività di elargizione di contributi costituisce attività a rischio - È necessario quindi per neutralizzare ogni potenziale rischio predisporre una rigida predeterminazione di criteri sulla base dei quali l'elargizione del contributo sia meramente automatico così anestetizzando di fatto il pericolo di eventuali accordi collusivi di natura corruttiva.

La rilevanza e la centralità dell'argomento si evince anche dagli artt. 26 e 27 del D.Lgs. n. 33/2013 che definiscono un percorso particolarmente severo per la gestione dei contributi.

Per cui, in virtù del sillogismo aristotelico utilizzato per la giustificazione dei provvedimenti vincolati, per ogni contributo dovrà sussistere:

- una premessa maggiore data dal criterio di elargizione;
- una premessa minore data dalla situazione dell'ente che si deve trovare nella perfetta fattispecie prevista dal criterio oggettivo;
- la sintesi che consiste nella elargizione automatica del contributo, dando conto nel provvedimento di quanto previsto dal comma 2 dell'art. 12 della L. n. 241/1990.

A prescindere da quanto diversamente disposto da atti di indirizzo ovvero dai regolamenti dell'ente, dalla entrata in vigore del presente piano, nessun contributo ad enti associativi senza scopo di lucro potrà essere elargito senza la previa predeterminazione dei criteri oggettivi sulla cui base elargire il beneficio economico.

Ai fini della legittimità del provvedimento, l'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di affidamento, deve risultare espressamente dai singoli provvedimenti di modo tale che chiunque possa accertare l'iter oggettivo di elargizione della somma di denaro.

Il RdS relazionerà per iscritto con cadenza annuale (entro il 10 dicembre) sull'andamento della gestione dei contributi mediante un referto nel quale sono indicati cronologicamente tutti i provvedimenti di attribuzione dei contributi ed il relativo ammontare dando conto che tutti i contributi sono stati elargiti sulla base di quanto previsto dal presente piano.

5. L’AFFIDAMENTO DEGLI APPALTI (RISCHIO ALTO)

Modello organizzativo per l’affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture

Tra i settori a maggiore rischio corruzione spiccano gli appalti. Per evitare e cercare di neutralizzare il fenomeno si ritiene imprescindibile evitare quanto più possibile la discrezionalità negli affidamenti, in modo tale da adottare, come per gli altri modelli organizzativi, delle procedure automatiche di affidamento in modo che sia evidente e trasparente l’iter di aggiudicazione. Si dovrà quindi limitare l’utilizzo della offerta economicamente più vantaggiosa ai casi in cui nella determina a contrarre si riterrà opportuno in ragione dei vantaggi oggettivi che si vogliono ottenere, ovvero in ragione dell’oggetto del contratto.

Importante è poi spingere sulla digitalizzazione degli affidamenti poiché transitando da una piattaforma elettronica, appare molto più difficile ingenerare un rapporto che possa poi sfociare in un accordo collusivo se non a pena di modalità assolutamente fraudolente che appaiono, a parere dell’estensore del presente piano, quasi impossibili da contrastare.

Si ritiene quindi indispensabile fornire delle schede operative di modelli organizzativi specifici per gli appalti che gli uffici dovranno seguire con scrupolo e precisione.

Posto che per i comuni non capoluogo di Provincia, come il Comune di Gaglianico, vige l’obbligo della gestione degli appalti tramite centrale di committenza, tutte le presenti indicazioni trovano applicazione a tutte le fasi del procedimento di affidamento gestite dalla centrale di committenza.

SCHEDA OPERATIVA GENERALE PER LA GESTIONE DEGLI APPALTI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

Prima di dar corso al procedimento di affidamento di un appalto deve essere posta in essere sempre la determinazione a contrarre nella quale va indicato con chiarezza l’iter che verrà seguito per l’affidamento in ossequio al D.Lgs. n. 163/2006 e del D.P.R. n. 207/2010, richiamando con precisione le norme sulla cui base verrà definita la procedura medesima.

La procedura potrà essere una procedura:

- aperta;
- ristretta;
- negoziata.

La scelta della procedura da seguire, in ossequio alle disposizioni di legge vigenti, dovrà essere puntualmente motivata in fatto ed in diritto (art. 3 L. n. 241/1990) nella determinazione a contrarre;

Prima di procedere alla pubblicazione degli atti di gara, dovrà essere posta in essere la determinazione di approvazione degli atti di gara:

- per i lavori pubblici l’approvazione del progetto definitivo/esecutivo con tutti gli elaborati;
- per le forniture ed i servizi l’approvazione del progetto preliminare ai sensi dell’art. 279 del D.P.R. n. 20/2010.

Dovrà essere acquisito il codice CIG ed il codice dovrà essere espressamente menzionato in ogni atto, nessuno escluso, che si riferisce a quella procedura di affidamento.

Lo schema di contratto dovrà già contenere i riferimenti alla tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla L. n. 136/2010.

Per garantire la massima trasparenza ed a prescindere dalla circostanza che l’appalto sia aggiudicato a massimo ribasso ovvero mediante offerta economicamente più vantaggiosa, la gestione della procedura di affidamenti, in fase di apertura delle buste, deve essere posta in essere collegialmente con intervento di tre funzionari.

La presenza dei tre funzionari va garantita in ogni fase della procedura, e precisamente dalla apertura della busta contenente la documentazione amministrativa sino all'apertura della busta contenente l'offerta economica. Ogni offerta (sia economica che tecnica) deve essere siglata da tutti i membri della commissione all'atto della sua apertura prima di essere analizzata o valutata.

La fase di aggiudicazione (*con eccezione dei casi in cui la commissione debba procedere alla valutazione di elementi discrezionali*) è sempre in seduta pubblica, anche se trattasi di affidamenti in economia a massimo ribasso. Ne consegue che del luogo, della data e dell'ora dell'inizio delle operazioni di apertura delle buste dovrà essere data notizia agli operatori economici invitati e ad ogni altro contro interessato tramite pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente.

Per le procedure aperte e ristrette la determinazione di aggiudicazione definitiva tra le altre cose, dovrà dare conto dell'avvenuta effettuazione delle modalità di pubblicazione della procedura medesima secondo quanto previsto in tema di pubblicazione legale dal D.Lgs n. 163/2006. Nel dettaglio si dovranno elencare tutte le pubblicazioni effettuate ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006 a seconda che si tratti di procedura comunitaria ovvero intracomunitaria.

Nella determinazione di aggiudicazione definitiva si dovrà inoltre dare conto in forma sintetica di tutto l'iter amministrativo che precede l'affidamento così certificando la sua completa legittimità.

Nelle procedure negoziate o ristrette dovrà essere rigorosamente osservato l'art. 13 del D.lgs 163/2006 ed in particolare:

Fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte dovrà essere mantenuto il totale segreto in relazione:

- all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito
- che hanno segnalato il loro interesse ad essere invitati
- all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte
- all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte.

Nelle procedure aperte inoltre fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte dovrà essere mantenuto il totale segreto in relazione:

- all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte.

SCHEDA OPERATIVA PER L'AFFIDAMENTO DEGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE IN ECONOMIA

Condivisibilmente il rapporto sulla corruzione ritiene che *per la procedura negoziata il legislatore non ha atteso alla tipizzazione di un procedimento amministrativo, finendo, così, per assumere caratteri analoghi alla trattativa intercorrente tra privati. Ed è proprio tra le pieghe delle scelte e della negoziazione affidate alla discrezionalità dell'amministrazione che il fenomeno corruttivo può introdursi (pag. 122).*

Come noto l'art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006 che disciplina gli affidamenti in economia rappresenta una norma che dispone un principio che deve però, per essere operativo, essere recepito mediante atto interno della pubblica amministrazione.

Il Comune ha recepito l'art. 125 mediante il proprio regolamento interno sui contratti. Il regolamento demanda ad ogni singolo responsabile l'individuazione, secondo le proprie specifiche esigenze l'elenco degli oggetti negoziali da poter acquisire in economia.

Prima di dar corso al procedimento di affidamento di un appalto in economia deve essere posta in essere sempre la determinazione a contrarre nella quale va indicata con chiarezza la motivazione della scelta in fatto ed in diritto (art. 3 L. n. 241/1990); sempre nella determinazione si deve dare atto che l'oggetto è ricompreso nell'elenco di quelli che si possono affidare in economia e che il valore è tale da poter essere affidato in economia (si consiglia l'utilizzo del testo di determinazione a contrarre allegato che dovrà essere poi opportunamente completato)

Numero degli operatori economici da invitare - gli affidamenti in economia per le forniture ed i servizi devono transitare da un numero di operatori economici che siano in numero congruo rispetto al valore del contratto.

Rispetto del principio di rotazione - Quando un operatore economico viene inviato ad una procedura, il medesimo non potrà più essere invitato per almeno sei mesi dalla data di aggiudicazione definitiva.

Nella determinazione a contrarre si dovrà dare atto che è stato rispettato il principio di rotazione, ossia che l'elenco dei soggetti inviati non ricomprende nessuno dei soggetti che erano stati inviati da almeno sei mesi dalla data di aggiudicazione definitiva.

Unica eccezione è per l'appaltatore uscente in relazione ai contratti di durata, che in ossequio ad un principio giurisprudenziale vanta un interesse giuridicamente qualificato ad essere invitato, nei limiti in cui invero non abbia mal ripagato la fiducia dell'amministrazione non avendo svolto con diligenza la sua prestazione. In questo caso, il mancato invito si baserà sulle note di censura poste in essere dal RUP nel corso dell'affidamento precedente a quello del mancato invito.

La posizione organizzativa relazionerà per iscritto entro il 30 ottobre di ogni anno sull'andamento della gestione degli affidamenti di servizi e forniture in economia mediante un referto nel quale sono indicati cronologicamente tutti i provvedimenti di aggiudicazione definitiva nei quali sarà cronologicamente sintetizzato l'iter amministrativo seguito.

Divieto di artificioso frazionamento - Di particolare rilievo è inoltre il rispetto del divieto di frazionamento dell'appalto in quanto appare particolarmente insidioso non solo perché di fatto potrebbe compromettere il mercato delle commesse, ma perché se artatamente preconstituito potrebbe anche costituire ipotesi di reato.

Si invitano quindi tutti gli operatori a valutare con la dovuta attenzione e diligenza la funzionalità del servizio per evitare che il loro operato possa essere oggetto di censura.

È infine opportuno sottolineare che il principio dell'affidamento per il tramite dell'evidenza pubblica risponde ad una pluralità di principi di ordine costituzionale tra cui il buon andamento e l'imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione ed anche il contenimento della spesa pubblica poiché solo attraverso una adeguata procedura che mette in competizione gli operatori riesco ad ottenere un prezzo realmente di mercato. Questo comporta che laddove il servizio trovi finanziamento direttamente od indirettamente tramite risorse pubbliche, la regola dell'evidenza pubblica prescinde dal soggetto che procede all'affidamento privato o pubblico che sia.

SCHEMA OPERATIVA PER L'AFFIDAMENTO DEGLI APPALTI DI LAVORI EX ART. 122, COMMA 7 DEL D.LGS. N. 163/2006

L'art. 122 del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che: *“I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro,*

ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri. I lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche di cui all'articolo 37, comma 11, restano ferme le disposizioni ivi previste. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, conforme all'allegato IX A, punto quinto (avviso relativo agli appalti aggiudicati), contiene l'indicazione dei soggetti invitati ed è trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui ai commi 3 e 5 del presente articolo, entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva; non si applica l'articolo 65, comma 1."

Numero degli operatori economici da invitare - gli affidamenti devono transitare da un numero di operatori economici che siano in numero congruo rispetto il valore del contratto.

Rispetto del principio di rotazione - Quando un operatore economico viene inviato ad una procedura, il medesimo non potrà più essere invitato per almeno sei mesi dalla data di aggiudicazione definitiva. Nella determinazione a contratte si dovrà dare atto che è stato rispettato il principio di rotazione, ossia che l'elenco dei soggetti inviati non ricomprende nessuno dei soggetti che erano stati inviati da almeno sei mesi dalla data di aggiudicazione definitiva.

La posizione organizzativa relazionerà per iscritto entro il 30 ottobre di ogni anno sull'andamento della gestione degli affidamenti di lavori affidati ex art. 122, comma 7, del D.lgs 163/2006, mediante un referto nel quale sono indicati cronologicamente tutti i provvedimenti di aggiudicazione definitiva nei quali sarà cronologicamente sintetizzato l'iter amministrativo seguito.

Divieto di artificioso frazionamento - Di particolare rilievo è inoltre il rispetto del divieto di frazionamento dell'appalto in quanto appare particolarmente insidioso non solo perché di fatto potrebbe compromettere il mercato delle commesse, ma perché se artatamente precostituito potrebbe anche costituire ipotesi di reato.

Si invitano quindi tutti gli operatori a valutare con la dovuta attenzione e diligenza la funzionalità dell'opera per evitare che il loro operato possa essere oggetto di censura.

È infine opportuno sottolineare che il principio dell'affidamento per il tramite dell'evidenza pubblica risponde ad una pluralità di principi di ordine costituzionale tra cui il buon andamento e l'imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione ed anche il contenimento della spesa pubblica poiché solo attraverso una adeguata procedura che mette in competizione gli operatori riesco ad ottenere un prezzo realmente di mercato. Questo comporta che laddove il lavoro trovi finanziamento direttamente od indirettamente tramite risorse pubbliche, la regola dell'evidenza pubblica prescinde dal soggetto che procede all'affidamento privato o pubblico che sia.

La Corte dei conti e la giurisprudenza amministrativa riconoscono unanimemente che ad intercettare la procedura ad evidenza pubblica non sia la natura del soggetto, ma la natura pubblica della risorsa utilizzata. Se quindi un'opera od un servizio trovano fonte in risorse pubbliche si deve applicare il codice dei contratti pubblici senza riserve.

SCHEDA OPERATIVA PER LE PERIZIE DI VARIANTE DELLE OPERE PUBBLICHE

"2.4 In particolare, un elevato rischio di corruzione si ritiene sussista con riferimento alle varianti, atteso che il funzionario corrotto o il responsabile dei lavori possono certificare la necessità di una variante senza che la stessa sia supportata da ragioni di fatto in concreto verificabili. Ed è la diretta proporzionalità tra aumento di spesa da parte dell'amministrazione e prezzo dello scambio occulto a rappresentare un indice del rischio."

(Rapporto della commissione per lo studio e la elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione.)

L'art. 132 del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che: "1. Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi:

a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;

b) per cause imprevedute e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;

c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti impreveduti o non prevedibili nella fase progettuale;

d) nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del codice civile;

e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista.

2. I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 1, lettera e). Nel caso di appalti avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo.

Il secondo comma chiarisce che i titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 1, lettera e)."

Per cui, le varianti in corso d'opera devono non solo essere puntualmente motivate, ma ad esse, deve essere allegata una relazione tecnica che illustri le ragioni che costituiscono il fondamento della variante stessa.

Nel dettaglio vanno indicate la categoria della variante ammessa dall'art. 132 del D.Lgs 163/2006 e la ragione tecnica della variante.

Questa relazione deve essere presentata preliminarmente al responsabile unico del procedimento per essere certificata dal medesimo.

Successivamente il responsabile unico del procedimento, sulla base di quanto disposto dall'art. 132, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006, dovrà attestare che nessuna responsabilità sussiste in capo al progettista accollandosi ogni eventuale responsabilità laddove venga invece accertato che la variante dipende da errori od omissioni della progettazione.

Laddove nei casi ammessi dalla legge, la progettazione si di paternità del responsabile unico del procedimento, la certificazione sarà adottata dal dirigente/dell'ufficio interessato ovvero laddove le due persone coincidano, da altro funzionario tecnico.

Allorquando la percentuale della perizia di variante ecceda la metà del quinto dell'importo originario del contratto, la stessa va comunicata tempestivamente e non oltre cinque giorni dalla sua adozione, al Presidente dell'AVCP, nonché al Prefetto competente per territorio, dandone comunicazione contestuale anche al responsabile del piano.

Il RUP deve essere nominato tra personale di ruolo dell'amministrazione aggiudicatrice (art. 10 D.Lgs. n. 163/2006).

Art. 10, D.Lgs. n. 163/2006, comma 5: *"Il responsabile del procedimento deve possedere titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato. Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura deve essere un tecnico.*

Per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo. In caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio."

Art. 10, D.Lgs. n. 163/2006, comma 6: *"Il regolamento determina i requisiti di professionalità richiesti al responsabile del procedimento; per i lavori determina l'importo massimo e la tipologia, per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il progettista. Le ipotesi di coincidenza tra responsabile del procedimento e direttore dell'esecuzione del contratto sono stabilite dal regolamento."*

Art. 9, D.P.R. n. 207/2010, comma 4: *“Il responsabile del procedimento è un tecnico, abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, è un funzionario tecnico, anche di qualifica non dirigenziale, con anzianità di servizio non inferiore a cinque anni.”*

Per cui, il RUP:

- può essere iscritto all'albo;
- ovvero deve avere almeno cinque anni di anzianità di servizio e non deve essere necessariamente un dirigente a prescindere dalla amministrazione ove abbia maturato l'anzianità. Nulla è detto circa la maturazione dell'anzianità come personale di ruolo o non di ruolo per cui è ovvio che valgono entrambe anche in ragione dell'espressione utilizzata dal legislatore che parla di *“anzianità di servizio”* in senso lato.

SCISSIONE TRA COMPETENZE ISTRUTTORIE E REDAZIONE MATERIALE DEI DOCUMENTI DI GARA

Art. 10, D.Lgs. n. 163/2006, comma 5: *“Nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico finanziario, amministrativo, organizzativo, e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.”*

Si evince chiaramente che il RUP deve essere interno alla P.A. e possono essere appaltati solo i compiti che esso deve svolgere; la norma specifica infatti che *“i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati ...”*

RUP: FUNZIONI ISTRUTTORIE E FUNZIONI TECNICHE

Art. 9, D.P.R. n. 207/2010, comma 4: *“Il responsabile del procedimento può svolgere per uno o più interventi, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori. Tali funzioni non possono coincidere nel caso di interventi di cui all'articolo 3, comma 1, lettere l) e m), ovvero di interventi di importo superiore a 500.000 euro.”*

- Il responsabile del procedimento inoltre può associare alle funzioni istruttorie anche funzioni tecniche giacché può, nei limiti delle proprie competenze professionali e nei limiti di valore di 500.000,00 euro, svolgere le funzioni di progettista o di direttore dei lavori.
- Tali funzioni non possono per altro coincidere nel caso di interventi di cui all'art. 3, comma 1, lett. l) e m), ossia lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale, ai sensi dell'art. 90, comma 6, del codice; lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, nonché tecnologico, ai sensi dell'art. 91, comma 5 del Codice; lavori di speciale complessità, ai sensi dell'art. 122, comma 1 del Codice; particolare complessità dell'opera, ai sensi dell'art. 141, comma 1, del Codice; opere di particolare complessità, ai sensi dell'art. 141, comma 7, lett. b) del Codice.

Art. 9, D.P.R. n. 207/2010, comma 4: *“Il responsabile del procedimento può altresì svolgere le funzioni di progettista per la predisposizione del progetto preliminare relativo a lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del Codice.”*

In sintesi, il RUP:

- deve essere unico (non è data la facoltà per le amministrazioni aggiudicatrici di avere due RUP); questa facoltà è data dalla legge alle stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni ex art. 10, D.Lgs. n. 163/2006, comma 9);

- deve essere nominato tra personale di ruolo ovvero, previa motivazione, tra personale in servizio anche non di ruolo; possono essere appaltate all'esterno solo i compiti;
- deve essere nominato all'interno della P.A. e possono essere appaltati all'esterno solo i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento;
- deve essere iscritto all'albo, ovvero aver maturato cinque anni di servizio;
- può provvedere alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di opere sino ad euro 500.000,00;
- può provvedere alla progettazione preliminare, di opere di valore inferiore alla soglia di applicazione della disciplina comunitaria;
- non può, a prescindere dal valore delle opere, provvedere alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, ne parte di queste di opere che si caratterizzano per particolare complessità sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, nonché tecnologico;
- Il responsabile per lavori di importo superiore a 500.000,00 euro è soggetto diverso dal direttore dei lavori;
- non può essere direttore di lavori, a prescindere dal valore, in caso di opere che si caratterizzano per particolare complessità sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, nonché tecnologico.

RAPPORTO TRA RUP E RESPONSABILE DELL'UFFICIO TECNICO O DELLA STRUTTURA CORRISPONDENTE

Art. 9, D.P.R. n. 207/2010, comma 5: *“In caso di particolare necessità per appalti di importo inferiore a 500.000 euro, diversi da quelli definiti ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera l), le competenze del responsabile del procedimento sono attribuite al responsabile dell'ufficio tecnico o della struttura corrispondente. Ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare.”*

PUBBLICITÀ DEL NOMINATIVO DEL RUP

Art. 10, D.Lgs. n. 163/2006, comma 8: *“Il nominativo del responsabile del procedimento è indicato nel bando o avviso con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture, ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta.”*

SCHEMA OPERATIVA CONTROLLI EX ART. 38 DEL D.LGS. N. 163/2006

Prima dell'affidamento di un appalto di lavori, servizi e forniture, a prescindere dalla procedura seguita e dal valore del medesimo, devono essere posti in essere i controlli di cui all'art. 38.

Dal primo luglio 2013, secondo le indicazioni fornite della AVCP, in attuazione dell'art. 6-bis del D.Lgs. n. 163/2006, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente Codice sarà acquisita presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso l'Autorità .

Nell'atto che chiude il procedimento si dovrà dar conto dell'avvenuta verifica dei controlli.

I documenti comprovanti il possesso dei requisiti andranno conservati nel fascicolo del procedimento per eventuali controlli.

La posizione organizzativa relazionerà per iscritto entro il 30 ottobre di ogni anno sull'andamento dei controlli, mediante un referto nel quale sono indicati cronologicamente tutti i provvedimenti di aggiudicazione definitiva dei quali è stato svolto il controllo ai sensi dell'art. 6 bis del 163/2006.

L'art. 38 del D.Lgs 163/2006 dispone che: “1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona

fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva 2004/18/CE; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima;

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa;

e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;

f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;

g) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;

h) nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti;

i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;

l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2;

m) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all' articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248;

m-bis) nei cui confronti, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-quater, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA.

m-ter) di cui alla precedente lettera b) che pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio;

m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

1-bis. Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento, o finanziario .1-ter. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione. Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602; costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili. Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva. Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad

alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente. Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002.

4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti.

5. Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.

SCHEDA OPERATIVA PER LA GESTIONE DELLA PROCEDURA APERTA (BANDI DI GARA)

“2.5.1.1 Elaborazione dei bandi - *Ripercorrendo il normale andamento della procedura di gara, la stessa elaborazione dei bandi di gara può essere il frutto di patti corruttivi: individuare alcuni requisiti piuttosto che altri può aprire o chiudere la partecipazione alle gare a determinate imprese.*

È il caso dei c.d. bandi-fotografia, ovvero dei bandi “ritagliati” sulle caratteristiche specifiche di un determinato concorrente, con la previsione di requisiti talmente stringenti da definire ex ante la platea dei potenziali concorrenti. Dietro l'elaborazione di una lex specialis siffatta può ben celarsi un accordo occulto tra l'amministrazione appaltante e l'imprenditore interessato all'esecuzione della commessa pubblica, finalizzato alla relativa aggiudicazione per un importo fittiziamente elevato e non congruo rispetto a quello che si sarebbe raggiunto in condizioni di concorrenza.

Indici sintomatici della presenza di bandi “pilotati” possono ravvisarsi nella previsione della loro scadenza in un periodo estivo o festivo, ovvero nella fissazione di termini eccessivamente ravvicinati o di requisiti di dettaglio estremo.” (Rapporto della commissione per lo studio e la elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione)

È fatto obbligo di richiedere nei bandi di gara solo quello che è strettamente necessario a garantire l'idoneità allo svolgimento della prestazione sia in termini finanziari che tecnici.

Del resto gli stessi articoli 41 e 42 sottolineano che i requisiti devono essere coniugati con l'oggetto della prestazione che richiedere ciò che appare superfluo ovvero ridondante l'oggetto della prestazione. Sul punto si richiama l'attenzione alla determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 dell'AVCP.

6. L’AFFIDAMENTO DI BENI E CONCESSIONI DI QUALSIASI NATURA A TERZI (RISCHIO ALTO)

SCHEMA OPERATIVA IN TEMA DI AFFIDAMENTO A TERZI DI BENI DI PROPRIETA’ DELL’ENTE

L’Art. 3 del R.D. 2440 del 1923 dispone che: “I contratti dai quali derivi un’entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l’amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell’amministrazione.”

Qualsiasi procedimento volto all’affidamento a terzi del godimento di beni³ dell’ente ed a prescindere dal tipo negoziale che verrà utilizzato, devono transitare necessariamente da una procedura ad evidenza pubblica che tenga conto come unico elemento di scelta del contraente, del maggior valore economico offerto in sede di aggiudicazione.

All’affidamento pubblico, deve essere data massima diffusione attraverso le seguenti forme di pubblicazione e precisamente:

- Gazzetta Ufficiale della Repubblica, allorché il valore sia superiore a 50.000,00;
- Bollettino Ufficiale della Regione sempre;
- Sito istituzionale dell’ente sempre.

Inoltre, il tempo necessario alla presentazione delle offerte non potrà mai essere inferiore a 30 giorni dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica se necessaria ovvero dalla data del Bollettino Ufficiale della Regione.

7. I CONCORSI PUBBLICI (RISCHIO ALTO)

SCHEMA OPERATIVA GENERALE PER I CONCORSI PUBBLICI

L’ufficio si occupa della selezione del personale da impiegare presso l’ente a seguito di procedura di concorso volta ad individuare il candidato ovvero i candidati considerati idonei a dalla commissione di concorso.

“Per evitare e prevenire il reato di corruzione è importante che tutte le operazioni più a rischio come ad esempio la preconstituzione delle domande, vengano gestite collegialmente. Per dare ancora maggiore garanzia si ritiene opportuno inoltre che la commissione collegialmente predisponga un numero di domande/prove pari almeno al triplo di quelle necessarie per l’espletamento delle prove; successivamente saranno estratte tra quelle preparate nel triplo, il numero delle domande sufficienti ad espletare il concorso.

Di tutte le operazioni e delle loro regolarità dovrà essere redatto verbale da parte di un soggetto terzo non nominato dalla commissione ma dal responsabile del piano anticorruzione tra i dipendenti.”

Principio della massima pubblicità - Al concorso pubblico, a prescindere dal posto a cui si riferisca (posto a tempo indeterminato o determinato, a tempo pieno o parziale), deve essere data massima diffusione attraverso le forme di pubblicazione vigenti e precisamente:

- Gazzetta Ufficiale della Repubblica, sezione concorsi pubblici;
- Bollettino Ufficiale della Regione;
- Sito istituzionale dell’ente.

Inoltre il tempo necessario alla presentazione delle domande non potrà mai essere inferiore a 30 giorni dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica.

Adeguatezza dei membri di commissione - La commissione dovrà essere nominata in ossequio alle disposizioni di legge e comprendere funzionari di adeguata professionalità.

Assenza di conflitto di interessi - Dopo la scadenza per la proposizione delle domande e visionate la medesime, ciascuno dei membri dovrà sottoscrivere una autodichiarazione circa l'inesistenza di conflitto di interessi anche potenziale tra loro ed i candidati che hanno presentato domanda.

Trasparenza nella gestione delle prove - La commissione procederà collegialmente e poco prima dell'inizio delle prove alla formulazione di un numero di domande pari almeno al triplo di quelle necessarie per l'espletamento delle prove; successivamente saranno estratte tra quelle preparate il numero delle domande sufficienti ad espletare il concorso.

A titolo di esempio se per il concorso è prevista una prova pratica, la commissione collegialmente dovrà predisporre nove tracce ossia il triplo di quelle necessarie. Poi dalle nove estrarrà con sorteggio le tre prove pratiche che costituiranno l'oggetto del concorso.

Di tutte le operazioni dovrà essere redatto verbale da parte di un soggetto terzo nominato dal responsabile del piano anticorruzione (nello specifico un dipendente che abbia una categoria non inferiore alla C). Anche al segretario verbalizzante si applica il principio della rotazione.

8. I PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI DI QUALSIASI NATURA (RISCHIO ALTO)

SCHEMA OPERATIVA GENERALE PER I PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI PUBBLICAZIONE DEI TERMINI DEI PROCEDIMENTI E DEI DOCUMENTI CHE CORREDANO L'ISTANZA DI PARTE

1) Obbligo (a pena di mancata liquidazione dell'indennità di risultato) di definire i tempi dei procedimenti dell'area di riferimento, nonché della loro pubblicazione sul sito dell'ente.

2) Obbligo di pubblicare sul sito dell'ente l'elenco degli atti e documenti che l'istante ha l'onere di produrre a corredo dell'istanza e di termini entro cui il provvedimento sarà emanato.

Si ricorda che l'art. 6, comma 2, lett. b) del D.L. n. 70/2011 dispone che *“allo scopo di rendere effettivamente trasparente l'azione amministrativa e di ridurre gli oneri informativi gravanti su cittadini e imprese le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, pubblicano sui propri siti istituzionali, per ciascun procedimento amministrativo ad istanza di parte rientrante nelle proprie competenze, l'elenco degli atti e documenti che l'istante ha l'onere di produrre a corredo dell'istanza.*

La norma sottolinea che *in caso di mancato adempimento di quanto previsto la pubblica amministrazione procedente non può respingere l'istanza adducendo la mancata produzione di un atto o documento e deve invitare l'istante a regolarizzare la documentazione in un termine congruo.*

Il provvedimento di diniego non preceduto dall'invito di cui al periodo precedente è nullo. Il mancato adempimento di quanto previsto dal numero 1 è altresì valutato ai fini della attribuzione della retribuzione di risultato ai dirigenti responsabili.”

3) Per i provvedimenti che si chiudono mediante il silenzio assenso, il RdS dovrà in ogni caso indicare nel dettaglio la tipologia del procedimento, i termini e l'applicazione dell'art. 20 della L. n. 241/1990 cosicché il privato abbia contezza del fatto che quel determinato procedimento non si chiude mediante l'adozione di un provvedimento espresso, ma attraverso la *fiction iuris* del silenzio che equivale giuridicamente all'adozione dell'atto espresso.

4) Si ricorda che l'art. 2 della L. n. 241/1990 comma 9-bis, prevede che l'organo di governo individua, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia nell'adozione dei provvedimenti.

Inoltre, per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella *homepage*, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-ter.

Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria. Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-bis perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

Il responsabile individuato ai sensi del comma 9-bis, entro il 30 gennaio di ogni anno, comunica all'organo di governo, i procedimenti, suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti, nei quali non è stato rispettato il termine di conclusione previsto dalla legge o dai regolamenti. Le Amministrazioni provvedono all'attuazione del presente comma, con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

9. GLI ATTI ABILITATIVI EDILIZI (RISCHIO ALTO)

In tema di rilascio di atti abilitativi edilizi ogni fase relativa alla gestione amministrativa è di competenza esclusiva del dirigente nei riguardi del quale non può in alcun modo essere esercitata alcuna forma diretta od indiretta di pressione da parte degli organi politici.

La posizione organizzativa, trattandosi di attività di natura vincolata dovrà in ogni atto abilitativo edilizio dare conto del percorso normativo a giustificazione del provvedimento indicando le norme applicabili al caso di specie.

Le pratiche vanno trattate rigorosamente in ordine cronologico salvo i casi in cui la tempistica oggettiva, ovvero la richiesta di pareri istruttori od altro, incida sul procedimento. In questi casi sarà cura del responsabile evidenziare le ragioni che hanno impedito la gestione cronologica dei provvedimenti.

Per garantire massima trasparenza nella gestione dei procedimenti edilizi, per ogni singolo procedimento devono inoltre sempre essere presenti distintamente un responsabile del procedimento ed il soggetto competente ad adottare l'atto finale di modo tale che fisiologicamente ogni azione verso l'esterno sia sempre sovrintesa almeno da due soggetti fisicamente distinti.

Ne consegue che l'organo istruttore, ossia il responsabile del procedimento, deve essere diverso dal soggetto che poi sottoscriverà il provvedimento amministrativo ovvero del soggetto che deve porre in essere i controlli sui requisiti autocertificati nei casi di procedimento di silenzio assenso ovvero di mera comunicazione di inizio attività.

Il soggetto deputato alla sottoscrizione del provvedimento finale dovrà dare atto, previa verifica, che l'istruttoria compiuta dal responsabile del procedimento è corretta e conforme a legge e quindi provvedere alla sottoscrizione del provvedimento.

TITOLO II

1. PREVISIONE DI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE NEI CONFRONTI DEL RESPONSABILE PER EVITARE CONFLITTI DI INTERESSE

Ciascuna posizione organizzativa deve comunicare per iscritto entro tre giorni al responsabile del piano allorquando un parente, un affine (a prescindere dal grado), ovvero un ente nel quale abbia prestato attività lavorativa ovvero consulenze di qualsivoglia natura, ponga in essere un'istanza volta all'ottenimento di un provvedimento amministrativo che lo vede coinvolto, ovvero allorquando sia iniziato l'iter per addivenire ad un rapporto con l'ente, di modo tale che si prenda atto sin da subito di questo aspetto nella dinamica del procedimento.

A seguito della comunicazione ed in modo automatico, il procedimento sarà seguito da altra posizione organizzativa con provvedimento del responsabile del piano che dovrà intervenire entro le 48 ore successive o quanto meno nel tempo strettamente necessario.

La disciplina si applica anche al responsabile del procedimento e ad ogni altro soggetto che svolge un ruolo all'interno del procedimento.

Il dirigente relazionerà per iscritto con cadenza trimestrale sull'andamento della corretta osservanza del piano per quanto attiene al precedente aspetto.

2. RISPETTO DEI TERMINI, PREVISTI DALLA LEGGE O DAI REGOLAMENTI, PER LA CONCLUSIONE DEI PROCEDIMENTI

Entro due mesi dalla entrata in vigore del piano, ciascun dirigente/posizione organizzativa pubblica sul sito istituzionale l'elenco degli atti e documenti che l'istante ha l'onere di produrre a corredo dell'istanza e di termini entro cui il provvedimento sarà emanato.

Per i provvedimenti che si chiudono mediante il silenzio assenso, il dirigente/posizione organizzativa dovrà in ogni caso indicare nel dettaglio la tipologia del procedimento, i termini e l'applicazione dell'art. 20 della L. n. 241/1990 cosicché il privato abbia contezza del fatto che quel determinato procedimento non si chiude mediante l'adozione di un provvedimento espresso, ma attraverso la *fictio iuris* del silenzio che equivale giuridicamente all'adozione dell'atto espresso.

Certezza dei tempi procedurali - Ogni procedimento amministrativo deve avere tempi certi per l'adozione dell'atto.

Vedi sul tema l'art. 12, comma 4 del D.L. n. 5/2012, convertito in L. n. 35/2012, a tenore del quale il legislatore dovrebbe apportare un significativo contributo alla regolamentazione dell'attività amministrativa: *"Con i regolamenti di cui all'articolo 1, comma 3, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, sono altresì individuate le attività sottoposte ad autorizzazione, a segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA) con asseverazioni o a segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA) senza asseverazioni ovvero a mera comunicazione e quelle del tutto libere."*

Ossia, il legislatore dovrebbe indicare direttamente *ex lege*:

- le attività sottoposte ad autorizzazione;
- le attività sottoposte a segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA) con asseverazioni;
- le attività sottoposte a segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA) senza asseverazioni;
- le attività sottoposte a mera comunicazione;
- le attività del tutto libere.

Le tempistiche del procedimento devono essere pubblicate sul sito istituzionale dell'ente locale di modo tale che il privato abbia contezza della durata fisiologica del procedimento che gli interessa.

In ogni caso, il mancato rispetto della tempistica, con le eccezioni previste *ex lege*, comporta di diritto l'adozione del provvedimento. In questo senso dispone testualmente l'art. 20 della L. n. 241/1990.

Pubblicazione dell'elenco degli atti e documenti che l'istante ha l'onere di produrre a corredo dell'istanza - Non appare superfluo ricordare che l'art. 6, comma 2, lett. b) del D.L. n. 70/2011 dispone che allo scopo di rendere effettivamente trasparente l'azione amministrativa e di ridurre gli oneri informativi gravanti su cittadini e imprese le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, pubblicano sui propri siti istituzionali, per ciascun

procedimento amministrativo ad istanza di parte rientrante nelle proprie competenze, l'elenco degli atti e documenti che l'istante ha l'onere di produrre a corredo dell'istanza.

La norma sottolinea che in caso di mancato adempimento di quanto previsto la pubblica amministrazione precedente non può respingere l'istanza adducendo la mancata produzione di un atto o documento e deve invitare l'istante a regolarizzare la documentazione in un termine congruo.

Il provvedimento di diniego non preceduto dall'invito di cui al periodo precedente è nullo. Il mancato adempimento di quanto previsto dal numero 1 è altresì valutato ai fini della attribuzione della retribuzione di risultato ai dirigenti responsabili.

In tema di SCIA, il mancato adempimento di quanto previsto legittima comunque l'istante ad iniziare l'attività dalla data di presentazione della segnalazione certificata di inizio attività. In tal caso l'amministrazione non può adottare i provvedimenti di cui all'articolo 19, comma 3, della L. 7 agosto 1990, n. 241 prima della scadenza del termine fissato per la regolarizzazione ai sensi del numero 2.

Questo onere si collega indirettamente con l'obbligo imposto normativamente nell'art. 2 della L. n. 241/1990 comma 9-bis, secondo cui l'organo di governo individua, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia nell'adozione dei provvedimenti.

Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella *homepage*, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-ter.

Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria. Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-bis perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

Il responsabile individuato ai sensi del comma 9-bis, entro il 30 gennaio di ogni anno, comunica all'organo di governo, i procedimenti, suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti, nei quali non è stato rispettato il termine di conclusione previsto dalla legge o dai regolamenti. Le Amministrazioni provvedono all'attuazione del presente comma, con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Alcuni corollari della norma - Il segretario generale, che ha l'onere di monitorare il rispetto della tempistica evidentemente non potrà mai essere nominato come soggetto al quale attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia nell'adozione dei provvedimenti. La nomina rappresenterebbe una contraddizione in termini in quanto tra i compiti ad esso attribuiti vi è proprio la verifica del rispetto dei termini procedurali.

Questo controllo caso mai si affianca a quello operato dal RdS che ai sensi del comma 9-*quinquies* prevede che nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte siano espressamente indicati il termine previsto dalla legge o dai regolamenti e quello effettivamente impiegato. Questa indicazione potrà fungere da ulteriore parametro e riscontro per l'attività di controllo e monitoraggio del rispetto dei termini procedurali.

3. OBBLIGHI DI TRASPARENZA ULTERIORI RISPETTO A QUELLI PREVISTI DA DISPOSIZIONI DI LEGGE

Oltre a quanto già stabilito dal D.Lgs. n. 33/2013 si dispone quanto segue:

Le deliberazioni degli organo di indirizzo politico, con l'osservanza di quanto stabilito dal D.Lgs. n. 196/2006 e di quanto stabilito dall'art. 26, comma 4 del D.Lgs. n. 33/2013 vengono pubblicate integralmente a prescindere dall'oggetto in libera visione di chiunque.

Art. 23 del D.Lgs. n. 33/2013 (Atti amministrativi delle posizioni organizzative)

Oltre a quanto previsto nel testo dell'articolo che si riferisce solo agli elenchi, tutte le determinazioni delle posizioni organizzative, con l'osservanza di quanto stabilito dal D.Lgs. n.

196/2006 e di quanto stabilito dall'art. 26, comma 4 del D.Lgs. n. 33/2013 saranno pubblicate integralmente, a prescindere dall'oggetto in libera visione di chiunque.

Art. 30 del D.Lgs. n. 33/2013 (Beni immobili)

Oltre a quanto previsto nel testo dell'articolo si dovranno pubblicare altresì le informazioni identificative degli immobili detenuti (e non solo posseduti);

Si dovranno pubblicare altresì le informazioni identificative degli immobili a prescindere dai canoni locativi o di affitto.

In sostanza si dovranno pubblicare le informazioni identificative degli immobili detenuti o posseduti ed a prescindere da eventuali canoni locativi o di affitto.

Art. 42 del D.Lgs. n. 33/2013 (Ordinanze straordinarie)

Oltre a quanto previsto nel testo dell'articolo, tutte le ordinanze emesse dagli organi dell'ente, con l'osservanza di quanto stabilito dal D.Lgs n. 196/2006 e di quanto stabilito dall'art. 26, comma 4 del D.Lgs. n. 33/2013, saranno pubblicate integralmente, a prescindere dall'oggetto in libera visione di chiunque e per il tempo della loro efficacia giuridica.

Oltre a quanto previsto nel D.Lgs. n. 33/2013, tutti i decreti, permessi, autorizzazioni ed ogni altro atto emesso dagli organi dell'ente, con l'osservanza di quanto stabilito dal D.Lgs. n. 196/2006 e di quanto stabilito dall'art. 26, comma 4 del D.Lgs. n. 33/2013, sarà pubblicato integralmente, a prescindere dall'oggetto in libera visione di chiunque.

4. ROTAZIONE DEGLI INCARICHI NEGLI UFFICI NEL CUI AMBITO È PIÙ ELEVATO IL RISCHIO CHE SIANO COMMESSI REATI DI CORRUZIONE

Entro il 31 gennaio di ciascun anno il Responsabile della prevenzione della corruzione compila per la Giunta un'analisi sulla rotazione del personale addetto agli uffici ed alle attività di cui al Titolo I del presente piano, tenendo conto delle dimensioni dell'ente e che molti settori/uffici sono costituiti da un'unica persona.

Naturalmente tale rotazione, che deve tener conto delle necessità, delle opportunità ma anche delle reali possibilità, può incontrare limiti oggettivi. In particolare la rotazione può rivelarsi di fatto difficile, se non impossibile per le figure apicali. Altre difficoltà oggettive possono essere imposte da una eventuale scarsità di personale in alcuni uffici.

Nei casi in cui le rotazioni non siano possibili l'attività di controllo delle posizioni organizzative deve essere incrementata.

5. INDIVIDUAZIONE DEL PERSONALE DA INSERIRE NEI PROGRAMMI DI FORMAZIONE SULL'ANTICORRUZIONE

La formazione sull'anticorruzione si pone come un obbligo di legge che per ortodossia ordinamentale dovrebbe essere di diritto sottratto dai vincoli di cui all'art. 6, comma 13 del D.L. n. 78/2010 che impone il limite del 50% della spesa di formazione sostenuta del 2009. Ne consegue che a questa attività di formazione specifica non si ritiene applicabile nemmeno il *dictum* della sentenza della Corte Costituzionale¹ secondo cui il vincolo di spesa pubblica complessiva può trovare compensazione tra le varie voci interessate.

In altre parole la spesa per l'attività di formazione, trattandosi di formazione obbligatoria, non può essere assoggettata ai limiti di spesa previsti dal D.L. n. 78/2010. Sarebbe inconcepibile che da un lato la norma obblighi di tenere un comportamento e dall'altro lo impedisca perimetrando la facoltà di spesa ad una somma insufficiente a garantire l'attività obbligatoria che deve essere realizzata.

Il responsabile non deve formare direttamente i dipendenti, bensì ogni anno entro il 31 gennaio deve indicare i nominativi dei dipendenti che dovranno essere debitamente formati secondo quanto disposto dalla legge 190 del 2012.

Il programma di formazione per essere esaustivo ed idoneo deve avere ad oggetto non solo aspetti amministrativi e giuridici, ma dovrebbe abbracciare anche aspetti strategici legati all'etica pubblica.

Appare inoltre rilevante organizzare almeno un convegno dove invitare un magistrato ad illustrare l'evoluzione giurisprudenziale sul tema della corruzione per evitare, anche in buona fede di incorrere in comportamenti che possano essere considerati censurabili sul piano del diritto penale.

Operativamente si ritiene quindi opportuno procedere alla formazione dei seguenti dipendenti:

- posizioni organizzative
- amministratori
- responsabili del procedimento
- responsabili di specifiche responsabilità
- addetti ai controlli tributari, di vigilanza edilizia e di ogni altro genere
- tutti dipendenti presenti nei settori a rischio almeno medio

Sulla base di questo atto di individuazione si allega programma in dettaglio con le relative materie di formazione e calendario di formazione per l'anno 2015.

6. PROGRAMMA FORMAZIONE

Gli argomenti del programma della formazione sono: la fattispecie della corruzione nel quadro dell'innovazione dell'Amministrazione Pubblica; l'analisi dei rischi tecnici e di quelli amministrativi; la Legge 190/2012; il presente Piano; le modificazioni del Codice Penale e del Codice Civile; l'estensione del concetto di anticorruzione; la corruzione "indiretta"; il "Codice di Comportamento dell'Amministrazione Statale e quello dell'Ente; le nuove fattispecie ed i relativi Piani e Programmi (performance, trasparenza, integrità, economicità, azioni positive; il "Codice Vigna"; il "Protocollo di Legalità "Carlo Alberto Dalla Chiesa"; l'importanza del piano esecutivo di gestione.

Il docente sarà individuato fra coloro che possono garantire l'attuazione del programma di formazione come sopra descritto.

1 - La Corte Costituzionale con la pronuncia n. 148 del 2012, ha sancito la costituzionalità degli interventi in tema di tagli percentuale alle voci di spesa indicate nel D.L. n. 78/2010, ritenendo nello specifico che una o più voci possa sfiorare il limite percentuale purché complessivamente si rispetti le percentuali indicate

TABELLA VALUTAZIONE DEL RISCHIO	
<i>Indice di valutazione della probabilità (1)</i>	<i>Indice di valutazione dell'impatto (2)</i>
<p style="text-align: center;"><u>Discrezionalità</u></p> <p>Il processo è discrezionale ?</p> <ul style="list-style-type: none"> - No, è del tutto vincolato 1 - E' parzialmente vincolato dalla legge e da atti amministrativi (regolamenti, direttive, circolari) 2 - E' parzialmente vincolato solo dalla legge 3 - E' parzialmente vincolato solo da atti amministrativi (regolamenti, direttive, circolari) 4 - E' altamente discrezionale 5 	<p style="text-align: center;"><u>Impatto organizzativo</u></p> <p>Rispetto al totale del personale impiegato nel singolo servizio (unità organizzativa semplice) competente a svolgere il processo (o la fase di processo di competenza della p.a.) nell'ambito della singola p.a., quale percentuale di personale è impiegata nel processo ? (se il processo coinvolge l'attività di più servizi nell'ambito della stessa p.a. occorre riferire la percentuale al personale impiegato nei servizi coinvolti)</p> <ul style="list-style-type: none"> Fino a circa il 20% 1 Fino a circa il 40% 2 Fino a circa il 60% 3 Fino a circa l' 80% 4 Fino a circa il 100% 5
<p style="text-align: center;"><u>Rilevanza esterna</u></p> <p>Il processo produce effetti diretti all'esterno dell'amministrazione di riferimento?</p> <ul style="list-style-type: none"> - No, ha come destinatario finale un ufficio interno 2 - Sì, il risultato del processo è rivolto direttamente ad utenti esterni alla p.a. di riferimento 5 	<p style="text-align: center;"><u>Impatto economico</u></p> <p>Nel corso degli ultimi 5 anni sono state pronunciate sentenze della Corte dei Conti a carico di dipendenti (dirigenti e dipendenti) della p.a. di riferimento o sono state pronunciate sentenze di risarcimento del danno nei confronti della p.a. di riferimento per la medesima tipologia di evento o di tipologie analoghe?</p> <ul style="list-style-type: none"> NO 1 SI 5
<p style="text-align: center;"><u>Complessità del processo</u></p> <p>Si tratta di un processo complesso che comporta il coinvolgimento di più amministrazioni (esclusi i controlli) in fasi successive per il conseguimento del risultato ?</p> <ul style="list-style-type: none"> - No, il processo coinvolge una sola p.a. 1 - Sì, il processo coinvolge più di 3 amministrazioni 3 - Sì, il processo coinvolge più di 5 amministrazioni 5 	<p style="text-align: center;"><u>Impatto reputazionale</u></p> <p>Nel corso degli ultimi 5 anni son stati pubblicati su giornali o riviste articoli aventi ad oggetto il medesimo evento o eventi analoghi ?</p> <ul style="list-style-type: none"> - No 0 - Non ne abbiamo memoria 1 - Sì, sulla stampa locale 2 - Sì, sulla stampa nazionale 3 - Sì, sulla stampa locale e nazionale 4 - Sì, sulla stampa locale, nazionale e internazionale 5
<p style="text-align: center;"><u>Valore economico</u></p> <p>Qual è l'impatto economico del processo?</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ha rilevanza esclusivamente interna 1 - Comporta l'attribuzione di vantaggi a soggetti esterni, ma di non particolare rilievo economico (es. concessione di borsa di studio per studenti) 3 - Comporta l'attribuzione di considerevoli vantaggi a soggetti esterni (es.: affidamento appalto) 5 	<p style="text-align: center;"><u>Impatto, organizzativo, economico e sull'immagine</u></p> <p>A quale livello può collocarsi il rischio dell'evento (livello apicale, livello intermedio, o livello basso) ovvero la posizione/il ruolo che l'eventuale soggetto riveste nell'organizzazione è elevata, media o bassa ?</p> <ul style="list-style-type: none"> - A livello di addetto 1 - A livello di collaboratore o funzionario 2 - A livello di dirigente di ufficio non generale ovvero di posizione apicale o di posizione organizzativa 3

	- A livello di dirigente di ufficio generale 4 - A livello di capo dipartimento/segretario generale 5
<p align="center"><u>Frazionabilità del processo</u></p> <p>Il risultato finale del processo può essere raggiunto anche effettuando una pluralità di operazioni di entità economica ridotta che, considerate complessivamente, alla fine assicurano lo stesso risultato (es.: pluralità di affidamenti ridotti) ?</p> <p>NO 1 SI 5</p>	
<p align="center"><u>Controlli (3)</u></p> <p>Anche sulla base dell'esperienza pregressa, il tipo di controllo applicato sul processo è adeguato a neutralizzare il rischio ?</p> <p>- No, il rischio rimane indifferente 5 - Sì, ma in minima parte 4 - Sì, per una percentuale approssimativa del 50% 3 - Sì, è molto efficace 2 - Sì, costituisce un efficace strumento di neutralizzazione 1</p>	

NOTE:

(1) Gli indici di probabilità vanno indicati sulla base della valutazione del gruppo di lavoro

(2) Gli indici di impatto vanno stimati sulla base di dati oggettivi, ossia di quanto risulta all'amministrazione.

(3) Per controllo si intende qualunque strumento di controllo utilizzato nella p.a. che sia confacente a ridurre la probabilità del rischio (e, quindi, sia il sistema dei controlli legali, come il controllo preventivo e il controllo di gestione, sia altri meccanismi di controllo utilizzati nella p.a., es. i controlli a campione in casi non previsti dalle norme, i riscontri relativi all'esito dei ricorsi giudiziari avviati nei confronti della p.a.). La valutazione sulla adeguatezza del controllo va fatta considerando il modo in cui il controllo funziona concretamente nella p.a.. Per la stima della probabilità, quindi, non rileva la previsione dell'esistenza in astratto del controllo, ma la sua efficacia in relazione al rischio considerato.

VALORI E FREQUENZE DELLA PROBABILITA'

- 0** nessuna probabilità
- 1** improbabile
- 2** poco probabile
- 3** probabile
- 4** molto probabile
- 5** altamente probabile

VALORI E IMPORTANZA DELL'IMPATTO

- 0** nessun impatto
- 1** marginale
- 2** minore
- 3** soglia
- 4** serio
- 5** superiore

VALUTAZIONE COMPLESSIVA DEL RISCHIO

$$\text{valore frequenza} \times \text{valore impatto}$$

APPROVATO CON DELIBERA GIUNTA COMUNALE N. 12 DEL 08/02/2017