



I CONTRATTI PUBBLICI E LA LORO GESTIONE: CONFORMITA' NORMATIVA E COMPLIANCE

Atti del Convegno

Avvocatura Generale Dello Stato

Roma, 23 Aprile 2009

L'immagine riportata nella pagina precedente ritrae l'affresco di Gregorio Guglielmi "La moltiplicazione dei pani e dei pesci" (XVIII secolo), che decora la Sala Vanvitelli – Avvocatura Generale dello Stato dove si è svolto il convegno.

Sommario

AICOM – <i>Associazione Italiana Compliance</i>	5
OPENTECH – <i>Ingegneria del software</i>	5
Saluto agli Interventuti <i>Oscar Fiumara Avvocato Generale dello Stato</i>	6
Saluto agli Interventuti <i>Claudio Cola Presidente AICOM</i>	8
Saluto agli Interventuti <i>Carlo Camerata Presidente Opentech</i>	10
Presentazione e Coordinamento <i>Giancarlo Coraggio Presidente Sez. Consultiva Atti Normativi Consiglio di Stato</i>	11
Controlli e limiti nei contratti pubblici <i>Luigi Giampaolino Presidente Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture (AVCP)</i>	14
Come integrare concorrenza, imparzialità e trasparenza nelle operazioni di appalto: il responsabile del procedimento <i>Aldo Linguiti Vice Avvocato Generale dello Stato</i>	20
Complessità ed evoluzione normativa, standardizzazione dei processi e integrazione dei flussi informativi: compliance in materia di appalti e <i>best practice</i> del sistema finanziario <i>Dott. Claudio Clemente Ragioniere Generale Banca d'Italia</i>	27
I Controlli interni per una gestione efficace degli appalti <i>Luisa Torchia Ordinario Diritto Amministrativo Università degli Studi Roma 3</i>	49
Compliance e prevenzione delle responsabilità tributarie <i>Giuseppe Tinelli Ordinario Diritto Tributario Università degli Studi Roma 3</i>	53

AICOM – Associazione Italiana Compliance

AICOM, Associazione Italiana Compliance, nasce nel 2005 con il primario scopo di promuovere la cultura della conformità e del rispetto delle regole all'interno del sistema finanziario, dei diversi settori industriali e della Pubblica Amministrazione; compito dell'Associazione è far comprendere l'importanza che assume la tutela reputazionale e, nel settore bancario in particolare, la gestione del banking face value.

Dell'AICOM, ente privo di finalità di lucro, fanno parte, oltre a rappresentanti della Funzione di Compliance, esponenti del mondo finanziario, industriale, accademico e consulenziale, di associazioni di categoria nonché componenti di autorità regolatrici.

Tramite l'emanazione di principi standard, di specifici approfondimenti tematici, di convegni e seminari, l'AICOM favorisce lo sviluppo e la diffusione dei principi dell'etica e della conformità nonché la conoscenza delle regole di base che caratterizzano l'attività, agevolando altresì lo scambio di informazioni.

Interlocutore delle principali istituzioni del mondo finanziario e industriale, della Pubblica Amministrazione e degli Organi di Vigilanza, l'AICOM offre altresì supporto consulenziale a tutti coloro che necessitano di approfondire gli argomenti legati alle materie di compliance, in particolare al management e ai vertici aziendali delle imprese, che, integrando la Funzione nel Sistema dei Controlli Interni, intendono creare valore per le loro aziende sia in termini di contenimento dei rischi (conseguentemente anche di sanzioni e perdite) che in termini di miglioramento dell'immagine e del marchio aziendale, con la fidelizzazione della clientela e la garanzia di sviluppo di lungo periodo.

A partire dalla sua recente costituzione l'AICOM ha promosso con successo studi, indagini, convegni, autonomamente ovvero in collaborazione con importanti università italiane, favorendo la diffusione e la conoscenza delle problematiche della materia e contribuendo all'affermazione del ruolo professionale di coloro i quali operano nell'attività di compliance.

OPENTECH – Ingegneria del software

OPENTECH nasce nel 2003 con l'obiettivo di porsi sul mercato come società di servizi di information technology e in particolare come azienda di nicchia specializzata nelle soluzioni e nei servizi della Conformità normativa e della Gestione Immobiliare.

La decisione deriva dalla volontà di caratterizzarsi nei confronti dei Clienti, come azienda leader per l'area della Conformità alle Norme, della Governance e dei Rischi, potendo contare su pluriennali esperienze specifiche maturate da propri specialisti. Tale scelta vuole soddisfare una emergente esigenza nel mercato italiano di una gestione integrata per tali aree.

OPENTECH collabora con Enti Pubblici e con primari Gruppi Finanziari ed Assicurativi, mantenendo costantemente i suoi obiettivi di focalizzazione sulle aree di specializzazione, nell'obiettivo del continuo miglioramento dei propri prodotti e delle competenze delle proprie risorse.

OPENTECH collabora inoltre con partners accademici, quali le Università di Roma, associazioni professionali, associazioni di categoria e partners tecnologici leader di mercato.

Il processo di sviluppo dei prodotti software è aderente ai requisiti di qualità esterna ed interna ISO 9126 in termini di funzionalità, affidabilità, efficienza, usabilità, manutenibilità e portabilità. OPENTECH fornisce inoltre, oltre ai propri prodotti, i servizi professionali necessari per poter garantire ai Clienti, in tempi certi e contenuti, il raggiungimento degli obiettivi aziendali.

Saluto agli Intervenuti

Oscar Fiumara

Avvocato Generale dello Stato

In questo momento io vi saluto soprattutto come padrone di casa, padrone di casa pro tempore, come dirigente di questo istituto e saluto tutti quanti voi che siete venuti così numerosi.

Leggo nella locandina del convegno che la Pubblica Amministrazione, impresa di tutti i cittadini, è sempre più coinvolta a garantire il rispetto, non puramente formale, delle regole e la trasparenza nel suo operato e nella gestione dei contratti pubblici.

Pochi giorni fa su una rivista è stata pubblicata un'intervista che mi hanno chiesto e il redattore l'ha intitolata "Avvocatura dello Stato, ossia dei cittadini".

C'è una certa consonanza tra la presentazione di questo convegno e la funzione dell'Avvocatura dello Stato, perché è proprio così, la Pubblica Amministrazione e con essa l'Avvocatura dello Stato sono effettivamente Pubblica Amministrazione e Avvocatura dei cittadini.

L'occhio con il quale dobbiamo guardare tutti i nostri argomenti è quello di rendere un servizio allo Stato, in quanto esso è quell'entità che tutela gli interessi di tutti i cittadini.

In questo periodo noi ci troviamo in una situazione molto difficile, molto critica; non intendo dire quella economica, ma quella peculiare un po' dell'Italia, in cui la Pubblica Amministrazione è sotto accusa. Si dice, sulla base di statistiche più o meno buone, più o meno veritiere, che siamo piuttosto in coda nei confronti degli altri paesi europei e addirittura anche extra – europei, e non solo quelli dell'America del Nord ma anche quelli del cosiddetto Terzo Mondo; cioè abbiamo una Pubblica Amministrazione che malgrado tutti gli sforzi ancora non riesce a diventare pienamente efficiente e pienamente rispondente ai bisogni dei cittadini.

Proprio ieri sul Sole 24 ore, se non ricordo male, c'era una serie di considerazioni in cui si diceva che la Pubblica Amministrazione in Italia, le Pubbliche Amministrazioni in genere in Italia ritardano i pagamenti in misura doppia o tripla rispetto alla media dei paesi dell'Unione Europea. Ecco noi certamente non possiamo permetterci questo lusso; noi dovremmo veramente guardare alla Pubblica Amministrazione come una macchina funzionante. Sono decenni che cerchiamo di arrivare a questo risultato, ma non è che i progressi siano stati giganteschi; alcune cose sono state fatte, molte altre cose debbono essere fatte.

Oggi noi parliamo dei contratti pubblici e della loro gestione, della conformità normativa e della *compliance*, ma tutto questo vuole appunto porre in luce una vera e propria necessità: che l'azione della Pubblica Amministrazione, che è ormai a tutto campo perché interessa quasi tutti i settori del nostro vivere civile, sia efficace, rapida e produttiva per essere al passo con i tempi e creare quindi condizioni di vita migliori per tutti noi.

Io credo che l'occasione che oggi ci offre l'AICOM, Associazione Italiana Compliance, insieme alla Opentech, con l'aiuto e l'alta supervisione del Consiglio di Stato, della Autorità dei lavori Pubblici e nostra, dell'Avvocatura dello Stato e della cultura universitaria, possa veramente contribuire a questo risultato.

Noi circa due mesi fa abbiamo ospitato qui una grande mostra, il cui protagonista è stato Gregorio Guglielmi, che ha dipinto questo affresco nella seconda metà del settecento facendo un pochino arrabbiare Vanvitelli. Vanvitelli aveva costruito questa sala in un modo architettonico tipicamente rispondente alle sue idee e nelle sue idee non c'era un'ornamentazione di questo livello in fondo alla sala; però i padri agostiniani, che erano allora i gestori di questo palazzo, vollero invece questo affresco di Guglielmi.

Guglielmi era un autore poco conosciuto, ma si è scoperto attraverso degli studi che sono stati fatti in questi ultimi tempi e che noi abbiamo fortunatamente valorizzato che invece è un pittore molto più conosciuto all'estero che non in Italia, perché ha dipinto il Castello dell'imperatore d'Austria e ha dipinto moltissime sale del palazzo di Pietroburgo, ha dipinto a Dresda. Qui noi abbiamo raccolto, non certo gli affreschi che non erano trasportabili, ma molti dei quadri provenienti da ogni parte del mondo, da Madrid, da Praga, dagli Stati Uniti; e molti critici hanno detto che Gregorio Guglielmi è stato un misconosciuto che oggi andrebbe rivalutato essendo al livello del Tiepolo.

In quell'occasione l'Avvocatura è stata aperta un po' anche al pubblico e ho visto come molte persone, diciamo comuni, non addette ai lavori, sono venute qui con una certa curiosità - perché vedere i palazzi della Pubblica Amministrazione dal loro interno risponde proprio a quell'esigenza di trasparenza e di efficacia della Pubblica Amministrazione - ed entrando nel palazzo si sono accorte che non siamo entità astratte ma siamo entità concrete, che lavorano per il benessere generale del popolo italiano.

Sopra c'è una bellissima sala sempre del Vanvitelli; questo è un palazzo del quattrocento, che è stato poi ristrutturato, sventrato e ristrutturato completamente da Vanvitelli nel settecento e nei piani superiori ci sono effettivamente delle sale molto belle: una vecchia biblioteca dell'Avvocatura - purtroppo ancora completamente in rifacimento, perché ne è venuta fuori una vecchia struttura vanvitelliana che era stata coperta dagli scaffali dei libri fino a pochi anni fa - e poi un salone, la biblioteca Angelica, che è un autentico gioiello della architettura e della cultura, essendo la prima biblioteca pubblica aperta in Europa nel 1600.

Quindi, a fine del convegno, chi vuole può salire sopra e ne sarei particolarmente lieto.

Io avevo il compito di aprire il convegno e di darvi un saluto; sono molto contento di questa circostanza. L'Avvocatura è aperta a tutto questo e ascolta quello che voi direte con estrema attenzione.

Passo la parola all'avvocato Cola.

Saluto agli Intervenuti

Claudio Cola

Presidente AICOM

Un cordiale saluto ed un ringraziamento in primo luogo all'Avvocato Generale dello Stato Oscar Fiumara e agli esponenti dell'Avvocatura dello Stato, che hanno contribuito con disponibilità, con interesse e con pazienza alla realizzazione di questo convegno dal titolo "Contratti Pubblici e la loro gestione: conformità e compliance". Un grazie particolare agli importanti relatori e al Presidente Giancarlo Coraggio, per essere con noi oggi e soprattutto per essersi prestati ad un approfondimento su un tema che, accanto a evidenti implicazioni giuridiche, presenta aspetti organizzativi e gestionali di particolare rilievo.

Naturalmente un benvenuto a tutti gli intervenuti e un ben ritrovati a coloro i quali erano presenti al convegno dello scorso anno presso l'Università di Roma, la Sapienza, che hanno raccolto la provocazione di un confronto tra pubblico e privato, tra strumenti di governo della complessità normativa, gestionale, organizzativa, pensati per le grandi imprese, e che auspichiamo possano trovare utile ingresso nel mondo della Pubblica Amministrazione.

E' un confronto che abbiamo avviato lo scorso anno in ambito accademico nelle aule universitarie insieme ad importanti relatori, in un convegno i cui atti sono disponibili nel piccolo compact disc che vi è stato distribuito in sede di registrazione.

Ritengo utile questa benefica contaminazione tra pubblico e privato che, pertanto, abbiamo deciso di trasformare in un percorso, con l'impegno di passare dalle riflessioni generali ad un'analisi più completa, partendo da argomenti specifici di generale interesse sia per il pubblico che per il privato.

E' un viaggio che potremmo anche definire, con una scherzosa metafora, una navigazione con una nave ancora da armare ed una rotta che conosciamo solamente in parte, sapendo che assemblaggio e percorso andranno comunque condivisi.

Nell'incontro dello scorso anno erano emersi alcuni macro temi: il paradossale deficit di legittimità nella Pubblica Amministrazione, la sovrabbondanza delle norme e la complessità giuridica, la necessità di adottare tecniche gestionali di ispirazione aziendale, nonché la necessità di ripensare il sistema dei controlli nel settore pubblico.

Su questo piano sono apparsi evidenti i punti di assimilazione tra Pubblica Amministrazione e regole di diritto privato e la fisiologica necessità di scambio tra pubblico e privato; ciò è ancora più evidente in una Pubblica Amministrazione erogatrice di servizi, dove dovrebbe contare il risultato in favore dei cittadini.

L'impegno assunto lo scorso anno è stato rispettato e oggi tratteremo un argomento complesso per eccellenza relativo ai contratti pubblici e alla loro difficoltà di governo, laddove la riflessione svolta presso la Sapienza potrà trovare una prima declinazione concreta.

Seguendo l'ideale navigazione avviata è sembrato opportuno andare oltre le aule universitarie e varcare la soglia delle istituzioni dello Stato, spostando il confronto presso l'Avvocatura e nelle belle sale, alle quali ha

fatto riferimento l'Avvocato Generale Oscar Fiumara, che sono state la sede dell'ex convento Agostiniano e successivamente dell'ex Marina Regia e che al termine dell'incontro avremo il piacere di visitare, in uno dei luoghi più affascinanti che è rappresentato dalla Biblioteca Angelica.

Sono stanze piene di storia che, facendo ricorso alle informazioni fornitomi molto gentilmente sia dall'Avvocato Nucaro che dalla Dottoressa Tamburino, nel lontano 1510 hanno visto la presenza, pellegrino tra i pellegrini, del ventisettenne giovane agostiniano Martin Lutero, il quale in quegli anni compiva le sue riflessioni che lo portarono a trasformare la cristianità.

Non c'è comunque motivo di allarme in quanto l'AICOM, Associazione Italiana Compliance, non ha nessuna intenzione rivoluzionaria e vuole, semplicemente, contribuire al successo e alla diffusione del ruolo della funzione di conformità o compliance nell'organizzazione e, più in generale, contribuire all'affermazione del principio secondo il quale la prima regola dovrebbe essere il rispetto delle regole (salvo voler attribuire a quest'ultimo obiettivo un fine rivoluzionario!).

Semmai volendo trovare un immaginario collegamento con il Vescovo di Ippona, anche noi che ci occupiamo di compliance dobbiamo sottomerci ed accettare la regola del primato della volontà e del sacrificio, tenuto conto delle difficoltà che si incontrano nella quotidiana sfida di gestire la complessità all'interno delle organizzazioni.

Tornando al viaggio intrapreso, prendo in prestito le parole del professor Andrea Monorchio, presente all'incontro dello scorso anno ma che purtroppo non è potuto essere tra noi oggi, il quale chiuse il suo intervento con il seguente auspicio: *"Dobbiamo compiere un ulteriore passo per penetrare nelle mura della Pubblica Amministrazione ancora troppo impenetrabili, prendendo atto con fiducia che in questo momento c'è un ambiente istituzionale e sociale ben predisposto a ragionare su questi temi"*.

Concludo questo mio breve saluto con un ultimo sentito grazie all'ing. Camerata di Opentech, al quale amichevolmente attribuisco il peccato originale di avermi coinvolto in questa avventura, ed al quale va la mia sincera gratitudine per l'impegno che ha profuso nella realizzazione dell'evento e nella sua riuscita.

Saluto agli Interventuti

Carlo Camerata

Presidente Opentech

Signori e Signore buongiorno e grazie anche da parte mia per aver aderito a partecipare a questo incontro. Unisco il mio ringraziamento doveroso a quello dell'Avvocato Cola nei confronti dell'Avvocatura Generale dello Stato per averci offerto la disponibilità di questa splendida sala per ospitare il convegno e ringrazio gli autorevoli relatori, che testimoniano l'importanza e l'attualità che il tema della conformità alle norme ha in questo momento.

Io sono un ingegnere e può sembrare una presenza dissonante quella di un ingegnere in questa sede, tra rappresentati di autorità, tra amministrativisti, giuristi, docenti universitari di economia e di diritto, che per il loro ruolo istituzionale e per la loro riconosciuta professionalità hanno certamente maggior titolo a parlare di questi argomenti.

Credo però, ed è stato appena accennato, che la complessità insita nella materia richieda una razionalizzazione, attività di razionalizzazione, soprattutto una cultura di organizzazione; e quando si parla di organizzazione, di processi è necessario parlare inevitabilmente di tecnologia e di strumenti informatici.

Ecco quindi il ruolo dell'Ingegnere, che recependo le guide delle Istituzioni e affiancandosi alle competenze giuridiche, legali, professionali, degli addetti ai lavori, realizza gli strumenti operativi a supporto delle esigenze espresse.

Questa è la sfida che la società Opentech che io presiedo ha da tempo raccolto, predisponendo una soluzione fortemente localizzata sulle normative nazionali vigenti e in particolare anche quelle per gli appalti che sono estremamente gravose, dimostrando che è possibile essere leader, e lo testimoniano le referenze degli attuali utenti, in un'area di alta specializzazione, dominio spesso incontrastato di grandi multinazionali estere, con una soluzione made in Italy; e di questo sono particolarmente orgoglioso.

Si parla di controlli sempre più in relazione a tutto quello che è accaduto in Italia e nel mondo e certamente anche oggi si parlerà di controlli.

Il mio auspicio, per quanto riguarda la volontà di fare effettivamente i controlli, è che la massima agostiniana "credo quid absurdum" non sia applicabile. Sono certo infatti che la necessità di controlli efficaci ed integrati sia ormai palese ed imprescindibile in questo contesto e sono convinto che al riguardo l'Associazione Italiana di Compliance rappresenti un importante punto di riferimento, non solo per il mondo privato ma anche per la Pubblica Amministrazione, e ringrazio di questo il presidente Claudio Cola.

Passo la parola al Presidente Coraggio per l'inizio dei lavori.

Presentazione e Coordinamento

Giancarlo Coraggio

Presidente Sez. Consultiva Atti Normativi Consiglio di Stato

Passiamo senz'altro dalla fase dei ringraziamenti a quella dei lavori effettivi del convegno. Come hanno premesso coloro i quali mi hanno preceduto, in particolare l'Avvocato Cola, questo convegno è la naturale prosecuzione, lo sviluppo di un precedente convegno che era stato organizzato, sempre dall'AICOM, evidentemente sempre con lo stesso oggetto. La ragion d'essere dell'Associazione è l'oggetto della Compliance come amano dire, come si ama dire anche in altri settori più aperti al mondo internazionale, mentre noi giuristi più provinciali parliamo di conformità alle regole e di rispetto delle regole.

Già è sintomatico il fatto che si sia sentita la necessità di costituire un'Associazione per il rispetto delle regole nella Pubblica Amministrazione; significa che evidentemente ora non c'è il rispetto delle regole o non c'è nella misura che sarebbe auspicabile e in effetti è così. Vista anche dall'interno non posso negare che esista un problema, un grosso problema, un problema irrisolto di rispetto delle regole da parte della Pubblica Amministrazione.

Questo problema, direi, ha la sua origine nella scelta compiuta parecchi anni fa che è quella di introdurre elementi di efficienze ed efficacia nell'azione amministrativa.

In un certo senso qui c'è anche qualcuno che è responsabile di questa introduzione, perché l'art. 1 della legge Merloni è stata scritta se non esclusivamente in gran parte dall'allora consigliere Giampaolino, che era capo ufficio legislativo del Ministero dei Lavori Pubblici e per la prima volta, credo o una delle prime volte, viene messa nell'articolo 1 della legge in evidenza questo problema dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa.

Il problema è che questa direzione presa dalla Pubblica Amministrazione, oltre a rivelarsi per molti motivi illusoria, perché è tutto da dimostrare che si sia poi realizzata l'efficienza e l'efficacia, è invece andata a scapito della legalità.

Certo vi erano ragioni molto serie per questo cambiamento di indirizzo. Non starò qui a ripetere i problemi che poneva quel tipo di controllo puntuale, atto per atto, che era effettuato all'epoca, che era di una pesantezza veramente incredibile; rimane il fatto però che questa nuova disciplina dei controlli si è rivelata inadeguata e che il problema di coordinare le due finalità, quella cioè dell'efficienza e quella del rispetto della legalità, si è rivelato ben più difficile di quanto non si pensasse in un primo momento. Ben lo sa chi per esempio proviene, ha lavorato o ha esperienza, dalla Corte dei Conti, che solo ora sta iniziando ad affrontare seriamente il problema del contemporaneo controllo e rilevanza del profilo dell'economicità ed efficienza dell'azione amministrativa e di quello della legalità.

Detto questo, perché si è scelto come primo argomento, come prima discesa nel concreto, il settore degli appalti pubblici? Credo perché è un settore che oltre a porre problemi indiscutibili di legalità, ma al pari direi di altri settori della Pubblica Amministrazione, ma soprattutto perché è un settore sempre agli onori della cronaca, cronaca normativa non soltanto in verità, ma soprattutto gli onori della cronaca normativa, perché è oggetto di continui interventi che modificano non in aspetti particolari la materia, che la modificano nel profondo. Per darvi la sensazione concreta di quanto rapida ed irruente sia la modifica di

questo settore, basti dire che come Consiglio di Stato siamo in attesa del regolamento di attuazione del Codice degli Appalti; questo regolamento ci è stato già mandato una volta alla fine del 2007, se non sbaglio, ma nel momento stesso in cui ce lo mandavano era superato perché era intervenuto il terzo correttivo degli appalti; cosicché abbiamo dovuto restituirlo e siamo tuttora in attesa del nuovo testo.

Ora, come mai queste continue modifiche.

In verità nella lunga esperienza che ho avuto, che abbiamo avuto molti di noi, tutti quelli della nostra età che si sono occupati della materia, abbiamo potuto constatare che sono state battute, in materia di appalti pubblici, tutte le strade immaginabili, tutte. Ad una prima pedissequa applicazione delle direttive comunitarie e a criteri formali di procedura della disciplina di gara si sostituì negli anni '70, lo ricorderete bene, non voglio fare la storia, le leggi speciali delle concessioni; le concessioni erano intese come lo strumento per realizzare quella rapidità di progettazione e di esecuzione che tutti auspicavano. Le conseguenze sono riassunte in un libro bianco fatto da una bicamerale del '92 se non sbaglio, che fa un quadro drammatico della situazione.

La reazione fu la legge Merloni: quindi il rigore nella programmazione, nella progettazione, separazione fra programmazione e progettazione. Essendo responsabile, innanzi tutto al Ministro ovviamente, all'allora consigliere Giampaolino, non voglio ora a mettermi a difendere questa legge che viene tutt'ora criticata, anche di recente sul Corriere della Sera vedevo che era attaccato il principio del massimo ribasso come causa della cattiva edilizia pubblica. Si potrebbe obiettare che in realtà c'era la possibilità di tagliare le offerte anomale e di fare una verifica seria ma non voglio, ripeto, mettermi qui a polemizzare; direi però che quella legge aveva il pregio fondamentale di valorizzare programmazione delle opere pubbliche e progettazione.

Il sistema è cambiato radicalmente con il Codice degli Appalti - debbo dire anche sotto la pressione dell'Unione Europea - ed è stato proprio una piccola vendetta del destino il fatto che proprio io, quale presidente della sezione atti normativi, sia stato chiamato a dare il parere sul codice che in realtà dal punto di vista della tecnica normativa e del rispetto delle direttive comunitarie è stato da noi ritenuto ineccepibile pur sovvertendo completamente la logica della Legge Merloni, perché si ritorna sostanzialmente ad un sistema di svalutazione della programmazione, come dirò fra pochissimo, di progettazione unita all'esecuzione e quindi ripeto di una logica pre Merloni. Questo anche sotto una pressione dell'Unione Europea, bisogna dire; perché in realtà le direttive seguono questa logica che è completamente diversa da quella seguita nella Merloni.

Vengo al punto e quindi alla conclusione: perché?

Ma perché le direttive europee si calano in realtà che sono profondamente diverse dalle nostre, in realtà istituzionali e organizzative che sono profondamente diverse dalle nostre, istituti che in altri ordinamenti possono ritenersi, sebbene abbia qualche dubbio, come produttori di efficienza, di novità di ricerca, quindi di miglioramento della progettazione, dell'esecuzione di opere pubbliche, ecc.. Le direttive europee, calate nella nostra realtà organizzativa, strutturale della Pubblica Amministrazione, si rivelano o possono rivelarsi deleterie. Porto soltanto un esempio di cui voglio mettere in rilievo la pericolosità: il Project Financing, uno di quegli istituti che è veramente al cuore delle novità, perché Finanza ed esecuzione di opere pubbliche, perché apporto di capitali privati e così via. Ebbene, il Project Financing, però calato nella nostra realtà,

rischia di diventare uno strumento di decomposizione del sistema, perché incide sulla programmazione, che con la Merloni si era cercato di riservare alla Pubblica Amministrazione per evitare quel fenomeno che si era verificato nelle concessioni in cui le scelte delle opere da effettuare era fatta dai concessionari che avevano più potere della Pubblica Amministrazione; e il rischio dell'inserimento di progetti privati, di proposte private nella programmazione sussiste tuttora.

Ricordo, e chiudo veramente, un convegno in Campania dell'Associazione dei Costruttori Campani sul Project Financing all'introduzione dell'art. 33 bis. Erano molto fieri del fatto che la Campania era all'avanguardia per numero di progettazioni; non si erano resi conto che la ragione di ciò: non perché le amministrazioni campani erano più efficienti, ma perché era un ulteriore modo per evitare le gare e la progettazione; questa è la realtà.

Quindi ecco il rischio di distorsione di istituti, teoricamente buoni, una volta inseriti nel nostro ordinamento e nella nostra organizzazione. Infatti, e chiudo veramente, il problema non è procedimentale in questo paese, non è il procedimento degli appalti che non funziona; qualsiasi procedimento che abbiamo sperimentato, dato nelle mani di un'amministrazione inefficiente, per non dire qualche volta non raramente corrotta, diventa uno strumento negativo. Il vero problema è strutturale. Questo convegno ha il pregio di occuparsi proprio di questi profili, cioè di occuparsi di quelle poche norme probabilmente insufficienti che nel Codice degli Appalti riguardano i profili organizzativi e strutturali, a cominciare dalla autorità, cui nel parere dato in occasione del codice abbiamo affidato una grande responsabilità, perché rendendoci conto delle novità introdotte dal Codice e della decomposizione del sistema di rigore della Merloni abbiamo detto "confidiamo nell'Autorità". E continua questa ad essere la mia speranza.

Buon lavoro! Passo la parola al presidente Giampaolino.

Controlli e limiti nei contratti pubblici

Luigi Giampaolino

Presidente Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture (AVCP)

1. L’Autorità di Vigilanza è grata di essere stata invitata a questo convegno sulla compliance, dal momento che l’Autorità nasce proprio per porre in essere una forma di vigilanza che tecnicamente non vuol essere “controllo”, ma piuttosto una forma di vigilanza “diagnostica” del settore.

L’Autorità di Vigilanza nasce, come ricordava il presidente Coraggio, subito dopo “tangentopoli” allo scopo di evitare rimedi solo traumatici o comunque interdittivi: l’irrompere, che allora era frequente, del giudice penale nella materia, nonché l’intervento interdittivo della Corte dei Conti, allora molto usuale.

Ricordo sempre - non da esperienza diretta, ma indirettamente vissuta - che ogni singolo SAL, cioè lo stato di avanzamento lavori, era portato all’esame della competente sezione della Corte dei Conti; c’era un controllo puntuale per singoli atti, sul cui sfondo rimaneva sempre il temuto giudizio di responsabilità per il funzionario dinnanzi alla Corte stessa.

Ci si pose allora il problema e l’intuizione - che è al fondamento anche della legge sulla responsabilità delle imprese, - fu che il rimedio dovesse essere, strutturale, ordinamentale.

L’origine della legge sulla responsabilità amministrativa, così come è noto, è internazionale, ancor più che comunitaria, poiché deriva dalle determinazioni per la Lockheed ed ha le sue premesse proprio in atti di corruzione di contratti pubblici.

Il rimedio al famoso scandalo delle forniture della Lockheed Aircraft, infatti, fu di tipo organizzativo incidente sulla struttura delle imprese.

Così, anche nella materia degli appalti pubblici, per la prima volta, si volle intervenire non sul procedimento ma sull’organizzazione.

Si porta innovazione, sotto questo aspetto, alla stessa disciplina comunitaria tutta incentrata nelle procedure. Un intervento quindi sull’organizzazione e la costruzione di un ordinamento sezionele, al cui vertice era posta l’Autorità ed è questo lo scenario di cui bisogna tener conto.

2. L’Autorità vuole porre in essere una vigilanza “diagnostica” del settore. Essa, però, si trova di fronte ad un settore che ha una sua disciplina connotata da una iper regolamentazione e che ha, in sé, una duplice matrice.

La materia dei contratti pubblici era una tipica materia della contabilità pubblica; di un settore speciale, cioè, del diritto amministrativo. Era la materia – vale a dire – in cui si dettavano le regole ai fini della corretta spendita del pubblico denaro ed in cui l’azione del funzionario e dell’amministrazione era volta a questi fini.

La concorrenza, in questa ottica, aveva un valore soltanto strumentale e andava tutelata in funzione dell’interesse della Pubblica Amministrazione. Come Pubblica Amministrazione si doveva scegliere, infatti, il

migliore tra i concorrenti al fine della fornitura o dell'esecuzione dell'opera individuata, di cui era necessario prevedere e progettare, in anticipo e dettagliatamente, il finanziamento; la Pubblica Amministrazione, in tal modo, poteva rimanere *domina* dell'idea e quindi controllarne l'esecuzione.

A questa visione di fondo, ai fini anzidetti, dalla legge Merloni, si aggiunge quella di evitare che il giudice penale fosse il protagonista del controllo e della vigilanza, evitando così i ritardi o i timori dei funzionari in presenza anche della Corte dei Conti.

Si pensò, quindi, ad un'organizzazione, anch'essa amministrativa, che si facesse carico del controllo alla stessa stregua del mondo del credito, in cui questa compliance sembrava più avanzata dopo i grandi scandali della Banca di Roma.

Il mondo del credito era stato organizzato, come Giannini insegna, in un ordinamento sezionale, i cui soggetti erano preventivamente qualificati. E regolato in modo che vi fosse un'Autorità vigilante su di esso, la Banca d'Italia, al fine di rendere l'azione del giudice penale del tutto eccezionale.

La stessa struttura della Pubblica Amministrazione, fino agli anni '40, era tale: il controllo era interno, racchiuso nell'ambito dell'ordinamento e i reati contro la Pubblica Amministrazione, presenti nei repertori fino agli anni '70, riguardavano solo reati secondari come, ad esempio, gli abusi dei custodi dei pignoramenti.

3. Come si diceva poc'anzi, questa non è la visione che della materia ha l'ordinamento comunitario.

La visione comunitaria, partendo dal presupposto che in un settore del mercato sono immesse talvolta ingenti risorse pubbliche, tende a tutelare le imprese nell'accesso a queste risorse. Lo scenario quindi è diverso da quello a cui facevo riferimento, cioè una Pubblica Amministrazione che, individuato l'interesse pubblico, amministra le sue risorse e di esse si preoccupa.

Nella visione comunitaria, invece, si pone l'accento sul mercato e le imprese divengono le protagoniste. La disciplina, quindi, è volta a favorire la concorrenza, le imprese.

La concorrenza, che nel precedente scenario era solo un bene strumentale agli interessi della Pubblica Amministrazione, diventa il bene di fondo, il valore di cui occorre prendere atto. I protagonisti sono le imprese; la trasparenza, la concorrenza e la pubblicità, sono previste a favore, soprattutto, di queste ultime.

Ciò che manca, quindi, è la duplicità dei valori di fondo con il pericolo che sia poi il mercato, le imprese, che giungano a configurare lo stesso interesse pubblico.

Le norme, quindi, devono essere lette tenendo presente ambedue i valori ai quali ci si vuole ispirare: sì, al momento di sviluppo economico del Paese, ad esempio, il piano delle infrastrutture; sì, alla disciplina volta a favorire le imprese ed il mercato: sì, allo stesso cambiamento di missione dell'Autorità, che da momento conclusivo di controllo e di amministrazione, viene, invece, ad esser posta al vertice del mercato e quindi assume la funzione di ogni altra autorità di mercato, che è soltanto quella di garantire il rispetto delle regole affinché il mercato funzioni.

Quindi, funzione essenzialmente pro-concorrenziale e non di vigilanza: sì, a tutto questo, ma anche ad altri valori, cioè al rilievo dell'interesse pubblico. Quindi, una corretta azione amministrativa, volta non solo ad assicurare la parità, ma anche a garantire il corretto agire, la corretta spendita del pubblico danaro.

4. Una duplicità dei valori di fondo in un contesto, peraltro, caratterizzato da una iper regolamentazione.

Il settore dei contratti pubblici è uno dei settori più regolamentati. Se non ci fosse stato l'art. 4 e la sentenza n. 401 della Corte Costituzionale, correiamo il rischio di una legislazione nazionale di quasi 700 norme, ivi compreso il Regolamento, che potrebbe essere ripetuta in 18 regioni. A questo bisogna aggiungere i regolamenti delle provincie, gli statuti ed i regolamenti comunali, quelli regionali, cioè migliaia di norme in cui l'operatore economico dovrebbe muoversi.

Uno dei problemi, infatti, è anche quello di seguire tutta questa legislazione, disciplinata in Lombardia in modo diverso dalla Campania: tanto per fare un esempio, la Regione Lombardia non prevedeva, nel project financing, il diritto di prelazione che era esistente nell'ordinamento nazionale e che è stato abolito e reintrodotta di recente.

Quindi una iper-regolamentazione a cui dovrebbe porre rimedio, da un punto di vista dei principi e della statuizione, l'art. 4, dovuto alla saggezza oltre che tecnica, istituzionale, del Consiglio di Stato, che si è fatto carico dei problemi e che, rifacendosi alla coraggiosa sentenza della Corte Costituzionale e rileggendo tutto l'ordinamento intorno alla clausola generale della concorrenza, attraverso le sue pronunce, limita la potestà legislativa regionale in materia.

Di fronte, quindi, a questa iper-regolamentazione, l'Autorità che vuole avere attenzione sia agli interessi delle imprese, sia, come la più recente legislazione impone, all'interesse dell'amministrazione dei beni pubblici, si è posto il problema di come intervenire.

Essa ha scelto la strada della regolazione, interpretando, innanzitutto, la sua vigilanza, come ho detto, in senso "diagnostico". L'Autorità, infatti, è provvista di un Osservatorio che le consente, seguendo i contratti dal momento della loro formazione a quello del loro svolgimento, di rilevarne le anomalie.

Una volta rilevate le anomalie, può svolgere la funzione di indicare i maggiori difetti del sistema, evitando però interventi chirurgici nella materia: questi sono rimessi ai precedenti protagonisti del settore, cioè al giudice penale o alla Corte dei Conti. Ma essa è provvista di un ulteriore rimedio, forse il più alto che ad essa è riconosciuto, tanto da far elevare la sua stessa funzione di sorveglianza a funzione di garanzia, cioè è data all'Autorità la possibilità di segnalare le anomalie e le incongruenze al legislatore, per ora nazionale. Mi augurerei, invero, che questo potere di segnalazione fosse esteso a tutti gli altri protagonisti dell'ordinamento, specie alle Regioni.

Volendo seguire la filiera del contratto, la programmazione è stata disciplinata per la prima volta proprio dalla legge Merloni. Essa consente alle amministrazioni di individuare gli interessi pubblici che si vogliono perseguire, quindi gli scopi e le opere che si intendono realizzare e di prevedere la capacità finanziaria di cui necessitano.

Tutta la patologia alla quale sovente si fa richiamo è dovuta appunto ad una non completa ed esatta previsione finanziaria.

5. Per ritornare alla duplicità degli interessi in gioco, adesso con il project financing, è data all'impresa la possibilità di individuare essa stessa un intervento da immettere nella programmazione.

Ed allora, per rendere esplicita la preoccupazione alla quale innanzi si faceva riferimento, non può essere che il mercato individui più un interesse suo che della PA? E quindi sconvolga la previsione generale della programmazione? La cui visione unitaria fu introdotta con la legge Merloni, costituendone uno dei punti fondamentali, peraltro, per nulla tenuto in considerazione dalla disciplina comunitaria, la quale, ovviamente, occupandosi della parità delle imprese all'accesso alle pubbliche risorse non ha interesse ad avere una visione della programmazione degli interessi pubblici da mettere in gioco.

Per ciò che concerne la ideazione di un'opera, viene in rilievo il problema legato al processo autorizzatorio: espressione che, di per se stessa, denota già una patologia dal momento che, in genere, nell'attività amministrativa bisognerebbe parlare di procedimento, dato che il "processo" è la forma della lite. Il "processo autorizzatorio" non riguarda il momento della progettazione dell'opera, anche se sarebbe preferibile, forse, riportarlo proprio a questo momento: potrebbe essere uno dei rimedi ai fini di evitare il grave inconveniente della lunghezza del procedimento. Spesso, infatti, il tempo delle autorizzazioni è superiore al tempo dell'esecuzione dell'opera.

La progettazione attualmente viene sempre più posta in essere al di fuori dell'amministrazione: ma come può un'amministrazione controllare se il progetto è rimesso, come avviene nelle grandi opere, alla stessa impresa?

6. La scelta del contraente, cioè i soggetti da ammettere e quindi la loro qualificazione, è uno degli aspetti di recente più rilevanti in sede penale. Si è detto dell'intervento per l'Abruzzo, ovvero la creazione di un pool anti mafia.

È noto che un settore corrotto può generare ancor più una qualificazione corrotta, qualificazione che, invece, è fondamentale nel sistema, col compito di prevedere le imprese che abbiano i requisiti tecnici e morali per partecipare alle gare.

Il codice, specie negli ultimi interventi normativi, è intervenuto in maniera piuttosto severa sul tema della qualificazione ed ha dato all'Autorità dei poteri notevoli.

Innanzitutto ha fatto della qualificazione una funzione pubblica intestata all'Autorità, che, all'uopo, si serve delle SOA.

Come è noto, vi era il problema dell'Albo nazionale dei costruttori e si pensò di dare ad una società privata la facoltà di certificazione, cioè la possibilità di certificare le imprese costruttrici come funzione sussidiaria della PA, dal momento che le singole stazioni appaltanti non erano in grado di poter qualificare, dal punto di vista tecnico, le imprese.

Rimane, infatti, sempre sullo sfondo, il problema delle molteplicità delle stazioni appaltanti, che continuano ad essere, secondo i calcoli dell'Autorità, circa 13000.

Quindi, quelli della qualificazione, della scelta del contraente, della gara e della pubblicità, sono alcuni dei momenti più importanti del settore, tutti momenti che, seppure configurati a favore dell'impresa, sono comunque a carico della PA.

7. Si potrebbe continuare lungo tutta la filiera sino all'aggiudicazione, all'esecuzione del contratto.

L'azione dell'Autorità, che, ripeto, vuole essere di vigilanza soltanto "diagnostica", non deve tradursi in un appello ai chirurghi della situazione: per questo si vuole, in un certo senso, supportare o essere supportati, diciamo meglio, accompagnarci, unirci, a questa attività di compliance.

L'attività che abbiamo chiamato di "regolazione", non è una regolamentazione di secondo grado, poiché altrimenti il sistema normativo si complicherebbe e aumenterebbe ancor più, ma è un accompagnamento degli operatori con istruzioni *ad hoc*, lì dove vengono rilevate incongruenze, fornendo delle linee guida di comportamento.

L'Autorità, specie nell'ultimo periodo, ha posto in essere diverse linee guida e voglio qui richiamare specialmente quella, ad esempio, sul project financing.

In conclusione, quindi, alla iper regolamentazione noi speriamo di poter dare un aiuto di deflazione con un'attività di interpretazione di carattere generale, aiutando gli operatori economici e con essi i funzionari, cioè quelli che devono porre in essere tutta l'attività amministrativa.

Essi possono ritenersi assistiti da questa opera dell'Autorità, la quale, peraltro, è provvista di uno strumento ulteriore, previsto dall'art. 6 del codice, cioè quello di poter dare dei pareri in sede preventiva che vadano ad evitare il contenzioso, favorendo, in tal modo, sia le imprese che i funzionari.

Mi piace, quindi, concludere indicando nell'attività dell'Autorità, un'attività di certo utile e conferente alla compliance.

Giancarlo Coraggio

La completa consonanza di vedute che risulta evidente dalle cose che abbiamo detto mi evita ulteriori commenti. Prendiamo atto di questa chiusura in chiave abbastanza ottimistica del presidente Giampaolino e mi auguro che corrisponda poi alla realtà dell'evoluzione del settore.

Una sola annotazione, perché non l'avevo fatta io e la trovo giustissima, che il primo problema di questo settore dei contratti pubblici è il numero stesso dei soggetti che operano nel mercato; sono troppe le stazioni appaltanti e sono troppe le imprese e sono inadeguate tecnicamente le stazioni appaltanti e ancor più inadeguate tecnicamente le imprese.

Il problema è che una volta che si è creata questa situazione modificarla è pressoché impossibile, gli interessi sono troppo forti, si era tentato già a suo tempo di fare la centrale di committenza e non si è riusciti, si è tentato di selezionare le imprese e non si è riusciti, ma speriamo che prima o poi si ottenga qualche risultato positivo anche se ne dubito, basta vedere in altre aree che ci sono interessi negativi altrettanto consolidati anche lì non si riesce a prendere in mano la situazione.

Diamo subito la parola all'avvocato Linguiti.

Come integrare concorrenza, imparzialità e trasparenza nelle operazioni di appalto: il responsabile del procedimento

Aldo Linguiti

Vice Avvocato Generale dello Stato

Buongiorno, anzitutto una notazione di carattere terminologico. Quando sono stato contattato per svolgere una relazione in questo convegno mi chiesi cosa fosse la compliance. Credo che non sia una posizione di perplessità non diffusa, perché in effetti abbiamo la possibilità di tradurre in italiano questa espressione che si traduce, come prima accezione, in acquiescenza, accettazione. Dalla perplessità terminologica mi è derivata una perplessità di ordine funzionale: come può porsi un problema di acquiescenza, di accettazione della normazione da parte della Pubblica Amministrazione che, secondo l'insegnamento tradizionale, svolge la propria attività per realizzare le finalità della legge e non soltanto per conformarsi ad essa in modo formale? Alla mente mi è venuta un'espressione di un economista americano che diceva che non pagava i suoi avvocati per sapere ciò che non poteva fare, ma li pagava per sapere come fare ciò che voleva realizzare. E questo mi ha spostato l'angolo di attenzione verso il diverso ruolo dell'avvocato che assiste il privato, rispetto all'avvocato che assiste l'amministrazione pubblica. L'amministrazione pubblica proprio perché deve conformarsi alla legge e rispettarla non soltanto come "gabbia delle sue attività", ma per realizzare le finalità volute dalla legge, si contrappone proprio a questo concetto dell'avvocato. Però, proprio l'Avvocatura dello Stato, a differenza di autorevoli esponenti delle Autorità e della consultazione sugli atti normativi che mi hanno preceduto, si trova a svolgere la sua attività nel momento della patologia; non può fare né vigilanza diagnostica, dal momento che anche la sua attività consultiva viene generalmente invocata, come la legge prevede, in vista di una lite che può sorgere, e tanto più svolge questa attività in un momento di patologia nella sede contenziosa, che è quella di sua naturale vocazione dell'esercizio del patrocinio a difesa delle amministrazioni. E qui si prospettano allora le difficoltà di tipo interpretativo che due vicende, che sono già state ben evidenziate, propongono, e cioè la difficoltà interpretativa di una congerie normativa in perenne evoluzione o che risente della diversità delle fonti che la produce, fonti che, come è stato già sottolineato, hanno di mira aspetti, prospettive, risultati e finalità diverse. Inoltre si accompagna a questo la difficoltà interpretativa che nasce dalla non sempre coerente, o almeno apparentemente incoerente, formazione giurisprudenziale. Scendendo da queste prospettazioni a carattere generale al più specifico tema che mi è stato proposto, sempre con un approccio di tipo formale e terminologico, il tema sembra ipotizzare una incompatibilità, un'incoerenza tra concorrenza, imparzialità e trasparenza tanto da suggerire od invocare una integrazione e sembrerebbe prospettare che tale integrazione possa essere accollata al responsabile del procedimento. Invero, però, l'accezione comune delle espressioni che sono state usate non vanno nel senso della loro contrapposizione, sono valori che convergono tutti verso la realizzazione di un modello di buona amministrazione.

Se si interpreta in una certa direzione (che è quella che in un tentativo di coordinamento del sovrapporsi di normative di diversa provenienza, che nella sua attività cerca di dare e dà l'Autorità di vigilanza) la verifica dell'assunto, della convergenza, cioè, dei valori presentati nel titolo della relazione che mi è stata affidata, può condursi alla luce della interpretazione evolutiva del dettato costituzionale sull'azione della Pubblica

Amministrazione, dell'elaborazione che è stata fatta dal giudice amministrativo in ordine all'azione amministrativa, dei dati interni stessi del procedimento amministrativo, dei principi comunitari che sono stati recepiti nel nostro ordinamento ed infine attraverso la lettura del codice appalti che è da ultimo sopraggiunto in materia.

Nella regola costituzionale, che è quella dettata dall'art. 97 della costituzione, si trova l'indicazione secondo la quale i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. La norma sembra quindi dettata prevalentemente per la finalità di realizzare l'organizzazione della Pubblica Amministrazione al fine di buona amministrazione ed imparzialità. Ed infatti il secondo e terzo comma dell'art. 97 trattano delle competenze e delle attribuzioni dei vari uffici e delle modalità di accesso ai pubblici uffici.

Già nell'interpretazione dell'art. 97 si sono succedute varie fasi storiche. Da un primo orientamento della Corte in ordine all'interpretazione dell'art. 97, che addirittura veniva ritenuto come semplicemente programmatico e proponeva nelle sentenze degli anni Sessanta la stessa insindacabilità delle misure organizzative, si è passati poi alla possibilità, attraverso sempre l'interpretazione di "resistenza", che proponeva evidentemente l'organo deputato anche in quella sede a difendere la normativa, ad una forma di sindacabilità senza costrutto delle norme organizzative della struttura pubblica. Da ultimo però si è assistito alla invadente proposizione del contrasto di certe norme con l'art. 97 sotto il diverso profilo non soltanto del fatto che contravvenivano alla buona organizzazione, ma dal fatto che certe norme erano tali da non assicurare la buona amministrazione e la sua imparzialità. L'avanzamento di questa modalità interpretativa ed "utilizzativa" dell'art.97 ha portato all'affiorare dei principi generali dell'attività dell'amministrazione: i principi di neutralità, logicità, adeguatezza e proporzionalità. Nell'interpretare l'art.97 ci si avvale di questi concetti che evidentemente non servono soltanto ad individuare buone norme organizzative, ma buone norme di azione. Collabora in questa finalità la stessa elaborazione del giudice amministrativo che ha schematizzato nelle figure sintomatiche di eccesso di potere numerosi principi dell'azione amministrativa e si ritrovano così il principio di ragionevolezza, di coerenza, di logicità, di completezza istruttoria, il principio del contraddittorio, l'obbligo di motivazione, tutti ricondotti sotto lo schema dell'eccesso di potere.

Quindi ad una lunga formazione pretoria di questi principi dell'azione amministrativa, è seguita in tempi a noi più recenti la canonizzazione di tali principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in dati normativi. Il giudice quindi, in uno sforzo di organicità e di sistematicità, riconduce a quei certi principi, che sono stati fissati dallo stesso legislatore, le norme di dettaglio che prima erano state dettate. La prima manifestazione normativa di enunciazione dei principi dell'azione amministrativa si trovano nella legge 241 del 1990 che canonizza, fondamentalmente, il principio di legalità, che viene indicato come il più importante dei principi cui l'azione deve uniformarsi, e che è stato e che viene interpretato come rispetto non solo formale ma come obbligo del perseguimento delle finalità fissate dal legislatore. Accanto al principio di legalità così inteso emergono, ed è nella legge 241 del 1990 che vengono indicati, principi di economicità, efficacia e pubblicità. La legge n° 15 del 2005, nel dettare sotto un titolo legislativo che prima non esisteva "Principi generali dell'attività amministrativa", canonizza ulteriormente i principi di imparzialità, di trasparenza, di estensione anche ai privati che esercitano attività amministrative, delle regole di tipo amministrativo, di tipo pubblicistico e canonizza, soprattutto i principi della concorrenza e del mercato promananti dall'ordinamento comunitario. Il nostro ordinamento fa fatica ad adattarsi a questi

principi comunitari che sono canonizzati normativamente nel testo modificato della legge 241 del 1990. Il principio comunitario per la tutela del mercato non è quello del massimo risultato con il minimo mezzo, che postula un controllo di tipo contabile nei pubblici contratti, quindi una regola di rispetto formale che possa portare a questo risultato, poiché tale risultato si riteneva fosse quello più importante da realizzare da parte dell'amministrazione.

A questa normativa di carattere formalistico contabile si sostituisce una normativa sostanzialistica o di risultato; il tutto nella prospettiva di realizzazione delle quattro libertà fondamentali del trattato istitutivo della Comunità Europea, che sono quelle della circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi.

Dapprima, come è stato detto, negli anni Settanta si cerca di conformarsi all'ordinamento comunitario semplicemente attraverso l'adozione di direttive, che significano l'ampliamento della rete di informazione, come per realizzare una certa pubblicità e strumentalmente quindi la possibilità dell'allargamento del mercato, e una rete di normazione che significava il divieto di discriminazioni nei confronti di imprese appartenenti ad ordinamenti stranieri. Negli anni Ottanta e Novanta segue invece l'introduzione di direttive che significano qualcosa di molto più incisivo e cioè si assume il valore della concorrenza come bene fondamentale, nel duplice aspetto dell'apertura del mercato alla più ampia concorrenza, alla più ampia partecipazione di tutti gli operatori del settore, ed anche una tutela della concorrenza per il mercato e cioè di una tutela finalizzata alla scelta del contraente attraverso il rispetto di certi principi, che sono quelli di parità di trattamento, di proporzionalità e cioè, spiegandoli, la scelta di mezzi, e quindi di clausole, adeguati al fine. Tale principio conosce l'esclusione delle offerte anomale: il nostro ordinamento cerca di privilegiare un sistema automatico di esclusione di offerte che apparissero anomale all'Amministrazione, ma invece l'ordinamento comunitario comincia, proprio su questo punto, a cercare di introdurre una maggiore flessibilità con norme al riguardo, asserendo attraverso la giurisprudenza della Comunità che la verifica delle offerte anomale va fatta in contraddittorio, cioè verificando l'effettiva possibilità da parte di quella certa impresa di realizzare quel certo risultato. La normativa comunitaria può esser esaminata nei vari momenti di svolgimento dell'attività contrattuale dell'Amministrazione, così come ha fatto il Presidente Giampaolino, e vista dal punto di vista di chi ci si trova a dover combattere quotidianamente. Con riguardo al momento di accesso la gara, la giurisprudenza comunitaria a cui dobbiamo adeguarci ci insegna che bisogna favorire al massimo la partecipazione per realizzare la concorrenza e la massima apertura del mercato attraverso una parità di condizioni che si realizza attraverso la chiarezza, la trasparenza delle lettere di invito, dei bandi di gara, ecc..

La completezza dell'informazione, ad evitare equivoci che possano poi esser fonte di contenziosi e, con riguardo sempre all'accesso alla gara, apre il problema della qualificazione, che pure è stato ricordato. Noi abbiamo teso, attraverso l'abolizione dell'albo, che si riteneva essere uno strumento ormai inadeguato per via dell'immissione di troppe imprese nelle iscrizioni, ed il passaggio al sistema delle SOA, all'istituzione di strumenti di qualificazione affidati a società che esercitano un servizio pubblico di supporto. Il nostro modo di vedere, cioè una qualificazione durevole nel tempo e previa delle imprese, contrasta però con quella che sembra essere la linea di tendenza della normativa comunitaria, che è quella secondo cui l'impresa si qualifica in relazione alle capacità dell'amministrazione e della stazione appaltante di valutarne le capacità di realizzare l'obiettivo della gara. Questo modo di concepire la qualificazione per la partecipazione alla gara sembra privilegiare le effettive esigenze dell'amministrazione ed è a quelle che dovrebbe poi

effettivamente tendersi; però, c'è da chiedersi: è adeguata la nostra amministrazione, articolata in una innumerevole molteplicità di stazioni appaltanti, a svolgere questa verifica puntuale e specifica?

E allora dobbiamo continuare ad avvalerci del sistema delle SOA che però sta rivelando delle rilevanti problematicità. Oltre che sulle regole dell'accesso alla gara la normativa comunitaria ci detta delle regole anche sullo stesso svolgimento della gara e si vuole che vi sia un rispetto del bando. Ma la stessa normativa, all'interno, ci induce ad accettare il principio secondo il quale, di fronte a clausole che richiedono certi particolari specifici requisiti, essi devono essere richiesti espressamente con la pena dell'esclusione. Ebbene anche tali clausole possono essere valutate in relazione alla loro funzionalità, razionalità e alla loro proporzionalità, principio guida della normativa comunitaria in materia. Quindi anche qui sembra riaffiorare una possibilità di flessibilità, per il giudice che interpreta le clausole dell'amministrazione, delle norme di cui ci dotiamo. Invece il rigore massimo, anche da parte della normativa comunitaria, si ha riguardo il rispetto del principio della segretezza delle partecipazioni in gara, ad evitare un falsa concorrenza per garantire la serietà della gara e quindi in certa misura questa norma soddisfa anche l'esigenza preminente dell'amministrazione. Si chiede l'indipendenza dei concorrenti e quindi l'assenza dei collegamenti funzionali, ma anche su questo abbiamo avuto disparità di orientamento e di interpretazione sull'esistenza o meno dei profili per poter valutare esistente o non esistente il collegamento funzionale e, con riguardo alle offerte anomale, cioè la serietà delle offerte, in cui pure la normativa comunitaria incide. Vi ho già ricordato come ci sia la necessità di una valutazione di queste offerte però in contraddittorio con le imprese che le hanno presentate e non più la esclusione automatica di quello che l'amministrazione ritenga essere anomalo. Anche qui giurisprudenza oscillante, con riguardo per esempio ai ribassi irrisori, poiché essi nel nostro ordinamento sono ritenuti da escludere, mentre i principi comunitari ritengono che la valutazione vada comunque fatta. Altra disparità di visione e con riguardo alla unica offerta, se possa o non possa procedersi all'aggiudicazione della gara. Ed infine, sul piano dell'esecuzione, noi abbiamo introdotto una rigida disciplina in tema di varianti legata alla disciplina che si era introdotta in tema di progettazione e però adesso ci troviamo attraverso una dilatazione delle ipotesi dell'appalto integrato, a verificare che la progettazione affidata alle imprese è ancor più possibile che in passato; anzi il principio della netta separazione tra la progettazione ed altri incarichi, direzione lavori, esecuzione, collaudo, è praticamente scomparso nelle ultime modifiche che ha subito la normativa a riguardo.

Tutto questo è lo scenario dei possibili contrasti interpretativi all'interno del nostro ordinamento per l'irruzione dei principi comunitari. Tali principi sono stati poi, oltre che canonizzati come ricordavo per la prima volta nella modifica della legge 241 del 1990 attraverso la legge 15 del 2005, ulteriormente canonizzati nel codice dei contratti pubblici: il decreto legislativo 163 del 2006.

Questo testo normativo contiene sotto l'art. 2 quasi un tentativo di recupero di esigenze dell'amministrazione, non più tanto sotto il profilo dei possibili controlli o delle possibili vigilanze diagnostiche che vengono estensivamente affidate all'Autorità, infatti contiene l'indicazione a livello di principio della finalità dell'azione di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici perseguendo la garanzia della qualità della prestazione ed elenca i principi da utilizzare in sede di affidamento e di esecuzione: economicità, efficacia, efficienza. Sempre l'art.2 tratta poi i principi valevoli per il solo affidamento. Ciò che mi preme sottolineare è che, individuando sotto l'art. 2 nella rubrica "Principi" la finalità alla quale deve esser indirizzata l'azione di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, si enfatizza la garanzia della qualità delle prestazioni. È un recupero dell'esigenza dell'amministrazione con la

quale però probabilmente contrastano i principi finora indicati del diritto comunitario. Occorre però tener conto di questa sottolineatura che è stata fatta dal legislatore e vedere sotto questo profilo quali sono i possibili correttivi ai principi comunitari che in questa prospettiva, la garanzia della qualità della prestazione, possono esser introdotti.

Con riguardo ai principi dell' economicità, efficacia ed efficienza si propongono delle possibilità non di una interpretazione soltanto a favore delle imprese nel mercato, bensì anche il recupero di quei canoni di controllo di tipo contabile almeno sotto questo profilo. Economicità significa un rapporto fra risorse e risultati, certo è più difficile che dire "con il minimo mezzo il massimo risultato", ma più o meno siamo in questo stesso ambito.

L'efficacia, invece, chiede un rapporto fra il risultato e gli obiettivi che si sono prefissati nell'affidamento dell'appalto. Ed infine l'efficienza che è l'aspetto che forse più compromette l'efficacia di controlli puramente meccanicistici, algebrici formali, perché essa riguarda un rapporto fra costi e benefici; e qui entrano in considerazione benefici che non sempre possono esser rapportati alla scala di valori puramente algebrici e meccanicistici.

Per il solo affidamento vengono poi elencati i principi cui l'azione amministrativa deve conformarsi: libera concorrenza, nella duplice accezione della "concorrenza nel mercato" e "concorrenza per il mercato"; la parità di trattamento, la non discriminazione che non rappresentano le due facce della stessa medaglia, ma si configurano diversamente, la parità di trattamento fra tutti coloro che chiedono di accedere, la non discriminazione è la eliminazione della esclusione aprioristica di qualche soggetto.

Il principio della trasparenza che serve ad una controllabilità dell'azione dell'amministrazione da parte di imprese o di una interpretazione della lealtà delle offerte delle imprese nei confronti dell'amministrazione. Tali principi, ancorché introdotti in una prospettiva di tutela del mercato, devono tener conto che sul mercato agiscono due soggetti possibili contraenti, tanto l'amministrazione, quanto le imprese. Non sarei così pessimistico in ordine ad una possibilità di recupero attraverso gli stessi valori e principi introdotti dal diritto comunitario in ordine alla possibilità di tutelare ugualmente gli interessi dell'amministrazione, soprattutto tenendo presente quello che l'articolo 2 del codice appalti vuole finalizzato alla garanzia della qualità della prestazione. Il principio di proporzionalità la cui finalità è la calibratura dell'azione amministrativa preventiva o repressiva, e cioè dell'adeguatezza di questa azione nei confronti delle imprese appare essere più una tutela delle imprese che non una tutela dell'amministrazione. La pubblicità garantisce nei limiti del possibile sin da tempi lontani il criterio della lealtà, del *clare loqui*, anche se si è assistito, non per merito di principi del diritto comunitario, ma più che altro per merito della giustizia amministrativa, al passaggio dal principio una volta corrente per l'azione della Pubblica Amministrazione (il segreto e la regola, la trasparenza e la pubblicità, sono l'eccezione) ad un principio nettamente capovolto. Comunque c'è da dire che la cultura del risultato tanto vista nella logica comunitaria, quanto reinterpretata nella logica della garanzia della qualità della prestazione dell'articolo 2 del codice appalti, implica un modificarsi netto del modo di controllare l'azione dell'amministrazione. Certamente, bisogna tener presente quali siano le effettive esigenze dell'amministrazione nell'aprirsi ad un'attività di contrattazione e verificare (e qui effettivamente il nostro legislatore ha con consapevolezza e con prudenza sospeso l'applicazione di certa normativa, i nuovi istituti introdotti nel codice appalti in prima stesura sulla base del diritto comunitario quali il dialogo competitivo, che presuppone la presenza di un'amministrazione capace

di condurre il dialogo per individuare al meglio, insieme alle imprese concorrenti le proprie stesse esigenze effettive e quindi la prestazione da porre poi in gara). Anche gli accordi quadro in una certa misura limitano la stessa capacità contrattuale delle amministrazioni. Le centrali di committenza sono state ricordate come una cosa utile e certamente lo sono, ma spesso non è così; può accadere che, ad esempio, una piccola amministrazione quale è l'Avvocatura dello Stato, si sia dovuta avvalere per certe forniture di centrali di committenza che ci hanno portato a non avere utili e tempestivi risultati.

Un altro principio è quello della non prevalenza del criterio di aggiudicazione al prezzo più basso rispetto al criterio dell'offerta più economicamente vantaggiosa. Su questo la Corte di Giustizia si è pronunciata anche recentemente, nel senso che questa prevalenza del prezzo più basso non possa permanere se non ostando con i principi comunitari nel nostro ordinamento. Sempre la Corte di Giustizia ha dato la possibilità di valutazione delle qualità soggettive dell'impresa anche ai fini dell'aggiudicazione e non solo ai fini della prequalificazione, purché, ponendo qui dei limiti, adeguatamente pubblicizzate le qualità soggettive che si richiedono collegate all'oggetto dell'appalto, non incidenti in modo da creare discriminazioni o da dare troppa discrezionalità alla pubblica amministrazione. Si avverte in tutti questi condizionamenti come ci sia un tentativo di recuperare la prudenza e la flessibilità che, attraverso questa normativa di valutazione delle qualità soggettive dell'impresa rimessa alla stazione appaltante, lo stesso giudice comunitario si proponga.

Su questa stessa linea una pronuncia del Consiglio di Stato (quinta sezione 2 febbraio 2009 n° 525) ha fissato la necessità di adottare una maggiore flessibilità delle regole di evidenza pubblica e l'allargamento della discrezionalità della pubblica amministrazione per limitare la platea dei concorrenti, onde consentire la partecipazione alla gara di soggetti particolarmente qualificati. Direi che questa decisione è emblematica delle due anime che vivono nel nostro ordinamento: da un lato la necessità di proporzionare la applicabilità dei principi all'effettiva esigenza dell'amministrazione e dall'altro quella di preoccuparsi di non allargare troppo la discrezionalità della pubblica amministrazione. Di fronte a questo scenario, così complicato che quotidianamente come Avvocati dello Stato ci troviamo a dover interpretare in una linea di possibile coerenza, cercando una linea unitaria, dei principi che vanno applicati, mi sembra veramente povera la figura del responsabile del procedimento. Non perché sia povera in relazione ai compiti, alle funzioni o ai doveri che gli sono stati affidati e che recentemente sono stati anche ampliati, ma perché una figura sola che debba condurre dalla programmazione fino all'esecuzione (poiché il compito è stato dilatato con riguardo a tutte le fasi) mi sembra che sia una ipotesi irrealistica, illusoria ed ottimistica. D'altro canto questa figura del responsabile del procedimento è sconosciuta in tutti gli altri ordinamenti e l'abbiamo inserita nel nostro ordinamento prima con carattere generale nella legge 241 del 1990 e poi con caratteri specifici e carichi di compiti, doveri e responsabilità nella normativa sui contratti pubblici. Sarà capace un soggetto del genere, per il quale si chiede soltanto una generica capacità tecnica e per il quale si chiede l'unicità del soggetto per tutte le fasi del procedimento (salvo con riguardo a certi contratti dell'amministrazione della Difesa in relazione alla organizzazione strettamente gerarchica, cioè al rispetto a delle presunzioni di competenza) di assolvere a tutti i compiti affidatigli, assicurando la legalità sulle azioni amministrative?

Riuscirà una figura di questo genere a realizzare obiettivi che né il legislatore, attraverso l'accavallarsi di normative, né l'interprete, i magistrati prima e noi poi nel momento della battaglia, riescono a realizzare con pienezza e soddisfazione? O non si dovrà, piuttosto, fare affidamento su queste capacità di prognosi legate alla vigilanza diagnostica di altri organismi oggi rappresentati soltanto dalla Autorità?

Di fronte a questa domanda potrei rispondere con una frase di un noto scrittore: “Il fascino del futuro sta nell’incertezza”, però qui è un’incertezza che è già colorita di troppi insuccessi, come è stato ricordato dal presidente Coraggio quando ha fatto cenno a questo continuo affanno del legislatore cui segue un continuo affanno dell’interprete.

C’è una regola del Tribunale dei Diritti dell’Uomo che probabilmente deve guidare la costituzione di nuovi possibili criteri di controllo e di uniformazione dell’attività amministrativa alle leggi e cioè la regola della proporzionalità che viene indicata come il super criterio per avere un procedimento equo che rispetti le esigenze del caso concreto e cioè quella garanzia di prestazione di qualità e quindi non forse una regolarità astratta ma un’adeguatezza al risultato. Questo però si ottiene attraverso la formazione di una amministrazione capace che forse per troppo tempo, facendo affidamento sulla sua incapacità ha devoluto a terzi, le imprese nel caso delle concessioni o altri soggetti che sono stati via via individuati, la propria competenza e responsabilità di agire.

Grazie.

Giancarlo Coraggio

Scendiamo ora in concreto, dopo le relazioni introduttive, con l’esame di due problematiche estremamente attuali e concrete che esaminano la realtà del nostro Sistema, il suo funzionamento ed, eventualmente, il suo mal funzionamento.

Anzitutto col dott. Clemente, Banca d’Italia, quindi un settore in cui la sperimentazione di queste nuove forme di controllo è all’avanguardia, da cui quindi il resto della Pubblica Amministrazione può trarre elementi di informazione ed aggiornamento.

Complessità ed evoluzione normativa, standardizzazione dei processi e integrazione dei flussi informativi: compliance in materia di appalti e *best practice* del sistema finanziario*

Dott. Claudio Clemente

Ragioniere Generale Banca d'Italia

Grazie Presidente, cercherò di sviluppare il mio intervento traendo spunto dalle esperienze maturate in Banca d'Italia, istituzione che, da un lato, nello svolgimento dei compiti di Vigilanza sulle aziende di credito, ha inteso favorire l'affermarsi della funzione di compliance nel sistema bancario e che, dall'altro, si trova a dover garantire, nell'ambito della propria struttura aziendale, il rispetto di un peculiare ed articolato assetto di regole interne ed esterne ed in particolare di quelle derivanti dal codice dei contratti pubblici.

Mi sembra infatti interessante verificare la possibilità di contribuire allo sviluppo del dibattito sulle modalità di controllo delle norme in materia di contratti, settore che presenta caratteristiche di elevata complessità e di forte esposizione a rischi legali e reputazionali, prendendo spunto da quanto si sta realizzando nel sistema bancario in materia di compliance e cercando di identificare le concrete possibilità di condividerne l'approccio organizzativo e procedurale.

Accogliendo lo stimolo alla discussione che viene dall'esigenza di identificare con chiarezza il contenuto della funzione di compliance attraverso il suo significato letterale, mi sembra debba accantonarsi quello di "acquiescenza" ipotizzato dall'avv. Linguiti, posto che le indicazioni provenienti dalle esperienze internazionali e da ultimo lo stesso impianto delineato nelle Istruzioni di Vigilanza fondano il successo della funzione non già su una accettazione passiva delle regole da parte dei singoli componenti di una organizzazione, ma sulla loro consapevolezza dell'inderogabile necessità di rispettare le regole, sulla conoscenza delle regole da rispettare e sulle modalità operative che consentono il rispetto delle regole. Compito sostanziale della funzione è infatti quello di facilitare l'affermarsi della cultura della legalità all'interno delle aziende, favorendo l'attitudine al rispetto delle norme attraverso comportamenti "conformi" (compliant) alle regole. Il termine acquiescenza, tuttavia, può forse servire ad esprimere in maniera efficace le finalità ultime che si propone l'applicazione della compliance all'interno di organismi complessi quali le banche o le amministrazioni pubbliche: indurre i singoli componenti delle strutture ad essere "acquiescenti" alle norme, nel senso di interiorizzarne i contenuti e le finalità, creando in tal modo all'interno dell'intera organizzazione una cultura della legalità non solo formale.

Nel mio intervento illustrerò innanzitutto, con l'aiuto dei lucidi ai quali rinvio per gli aspetti di dettaglio, i progressi della compliance nel sistema bancario, settore nel quale, prima degli altri, si sta sviluppando in

* *Tratto dalla trascrizione dell'intervento tenuto in occasione del convegno*

maniera articolata la funzione di conformità in Italia; cercherò poi di individuare quali sono le principali condizioni per l'efficacia della funzione all'interno di una organizzazione; prenderò, quindi, spunto dall'esperienza delle banche per un'applicazione dei principi proposti dalla regolamentazione di vigilanza ad un segmento di attività particolarmente articolato e complesso, non soltanto sotto il profilo normativo, quale quello della spesa nel settore pubblico; trarrò, infine, alcune considerazioni conclusive.

La funzione di compliance nel sistema bancario

L'esigenza di istituire presidi per fronteggiare i rischi di comportamenti non conformi alle norme è avvertita da un numero sempre maggiore di organismi sia privati sia pubblici, di natura finanziaria o industriale. Contribuiscono a condurre a tale scelta l'accresciuta complessità del contesto operativo, la più elevata sofisticazione dell'attività, la proliferazione delle norme e la loro complessità, la moltiplicazione delle disposizioni che disciplinano figure professionali incaricate di compiti di controllo, ma anche la maggiore articolazione delle regole interne alle aziende, suggerite anche all'esigenza di adeguare i comportamenti operativi a nuove istanze e sensibilità connesse con il rapporto con il cliente-consumatore ovvero con il contesto sociale di riferimento dell'organismo.

Tutto questo accresce la difficoltà dei singoli operatori ad assicurare comportamenti sicuramente rispettosi delle regole, e richiede la promozione di una cultura aziendale ispirata ai valori dell'onestà e della correttezza assieme ad interventi sulla configurazione delle strutture organizzative per renderle idonee a fronteggiare il nuovo contesto, in particolare mediante la previsione di una specifica funzione che garantisca, nel continuo, il rispetto delle norme.

Tali esigenze risultano fortemente accentuate nel sistema bancario che presenta molte delle caratteristiche richiamate: complessità dell'ambiente di riferimento connessa con l'evoluzione dei mercati, sofisticazione anche elevata dell'operatività, particolare numerosità ed articolazione delle norme che ne regolano l'attività, fondamentale rilevanza del valore del rapporto con la clientela che richiede norme di comportamento interne idonee ad accrescerne il legame fiduciario.

Ed è proprio nel settore bancario che matura e si afferma una trattazione sistematica dei controlli di compliance.

Il Comitato di Basilea con il documento *Compliance and the compliance function in bank* del 2005 si propone l'obiettivo di diffondere lo strumento del controllo di conformità nei sistemi bancari dei singoli paesi definendone in maniera articolata i contenuti, la collocazione organizzativa, i requisiti e le modalità di funzionamento.

Il Comitato definisce il rischio di compliance come il rischio di sanzioni legali o amministrative, di rilevanti perdite finanziarie o di danni reputazionali derivanti dal mancato rispetto di leggi, regolamenti, codici di autoregolamentazione, standard operativi o codici di condotta applicabili all'attività dell'azienda.

Viene enfatizzato il carattere preventivo dell'attività di gestione del rischio di compliance basato sulla qualità dei comportamenti. La funzione di compliance viene identificata come strumento proattivo di

prevenzione del rischio di non conformità che si avvale, cioè, di un'azione dinamica e continua realizzata utilizzando strumenti di valutazione e di intervento destinati ad operare innanzitutto in una fase anteriore a quella di concreta realizzazione delle operazioni.

La definizione della funzione di compliance modifica il concetto di controllo come comunemente inteso, dilatandone il campo di applicazione. La compliance si propone di prevenire i rischi di non conformità favorendo comportamenti rispettosi delle regole da parte dei singoli operatori, di coloro, cioè, che nel concreto con le loro azioni possono esporre l'organismo a perdite e a danni legali e reputazionali. La compliance deve tendere quindi a condizionare i comportamenti dell'operatore all'interno dell'organizzazione per renderli coerenti con l'obiettivo di assicurare il rispetto delle norme.

In Italia i principi enunciati dal Comitato di Basilea sono stati recepiti nel settore bancario dalle Istruzioni di Vigilanza emanate dalla Banca d'Italia nel luglio 2007 che disciplinano, appunto, la nuova funzione di gestione del rischio il cui fine viene individuato nel garantire che i processi e le procedure all'interno delle banche siano coerenti nel tempo con la necessità di prevenire la violazione di norme di etero e di auto regolamentazione. Le disposizioni in materia di compliance completano le regole di Vigilanza sui controlli interni. Il ruolo assegnato alla compliance è quello di svolgere un'attività di prevenzione del rischio di non conformità attraverso un'azione volta ad evitare che gli operatori aziendali compiano atti non coerenti con il rispetto sostanziale e non solo formale delle regole.

Secondo le previsioni contenute nelle disposizioni di Vigilanza la funzione di compliance deve svolgere un'attività di assistenza e consulenza agli organi di vertice dell'azienda nella definizione degli assetti organizzativi e nella concreta realizzazione di un adeguato sistema di prevenzione del rischio di non conformità, contribuendo a fornire a tali organi anche idonei riferimenti sulla sua efficacia. Compete inoltre al responsabile della funzione concorrere alla formazione aziendale in materia di compliance, in quanto, come è stato già detto, la prevenzione delle irregolarità si realizza innanzitutto assicurando la correttezza dei comportamenti dei singoli. Ma il primo compito che la compliance è chiamata a svolgere è rappresentato dalla identificazione e valutazione delle regole applicabili alla banca e dal monitoraggio dell'evoluzione del quadro normativo di riferimento al fine di valutare l'adeguatezza dell'organizzazione, dei processi, dei comportamenti, alle leggi, ai regolamenti esterni e interni, agli standard operativi definiti dall'azienda. Sulla funzione grava anche il compito di proporre le modifiche organizzative e procedurali finalizzate a garantire un adeguato presidio ai rischi di non conformità e di controllare che gli interventi realizzati siano idonei ad assicurare comportamenti conformi alle norme.

La compliance è chiamata anche a valutare e a validare preventivamente i nuovi processi che vengono posti in essere in un'azienda, collegati in particolare a nuovi prodotti o funzioni, per verificare la loro idoneità a consentire il rispetto del complesso delle regole che li riguardano.

Sotto un profilo più generale può affermarsi che la funzione di conformità deve contribuire alla promozione di una cultura aziendale improntata ai valori di eticità e correttezza dei comportamenti, concetti che rischiano di rimanere mere affermazioni di principio in mancanza di adeguati strumenti di incentivazione e di controllo. Essi possono divenire valori aziendali certamente riconosciuti nel momento in cui si attribuisce

ad una componente dell'organizzazione la responsabilità di assicurarne il rispetto all'interno dell'azienda mediante l'esercizio di poteri che devono estendersi fino a verificare la coerenza del sistema premiante con l'obiettivo della conformità alle regole.

La necessaria definizione organizzativa della funzione di conformità richiede una chiara e strutturata individuazione di ruoli e responsabilità all'interno dell'azienda, la designazione di un apposito responsabile della funzione dotato della necessaria autonomia e di risorse qualitativamente e quantitativamente adeguate, la formalizzazione del processo di controllo che la funzione deve sviluppare e la disponibilità di flussi informativi sull'efficacia dell'azione della compliance che consentano anche una idonea informativa ai vertici e alle strutture interessate.

Il ciclo dell'attività di controllo di conformità prende quindi le mosse dalla identificazione delle norme applicabili per giungere, poi, passando attraverso la verifica dei processi e dell'organizzazione, fino alla reportistica agli organi aziendali e alla proposta di interventi migliorativi delle procedure.

L'esperienza porta ad osservare che la funzione di compliance trova maggiori difficoltà ad affermarsi, in assenza di norme esterne che ne impongono l'adozione e nelle realtà in cui manca una cultura dei controlli e non esistono consolidate metodologie di verifica. In ogni caso condizioni di efficacia della funzione di compliance sono costituite dalla effettiva possibilità di assicurare alla funzione una posizione di indipendenza e le risorse necessarie oltre che la chiara individuazione del suo ambito di attività. Problemi possono inoltre nascere in assenza di una idonea definizione dei rapporti con le altre strutture aziendali e dalla mancanza di un'adeguata legittimazione da parte dei vertici aziendali.

In organismi con attività finalizzata al profitto, il sistema dei controlli interni ed ogni sua implementazione viene in genere vista come una fonte di costi ed elemento di ulteriore complessità organizzativa oltre che come un ostacolo all'operatività e alle relazioni di affari dell'azienda. La naturale insofferenza ai controlli che si registra in ogni organizzazione sia pubblica che privata può peraltro esporre, se non adeguatamente contrastata dai responsabili aziendali, a rischi rilevanti e soprattutto alla mancata percezione della loro dimensione. La presenza di una disciplina esterna in materia di controlli è utile a sollecitare l'attenzione dei vertici degli organismi su tali rischi, fissando i principi ai quali deve essere ispirato l'impianto e il funzionamento del sistema dei controlli.

Tuttavia occorre considerare che la compliance, al pari delle altre tipologie di controlli, non va considerata soltanto come una fonte di costi e oneri procedurali, quindi subita perché imposta dall'esterno, ma va anche valutata per il contributo che essa apporta alla creazione di valore per l'azienda: direttamente, prevenendo perdite finanziarie e sanzioni, evitando possibili contrazione degli affari come conseguenza di danni reputazionali, favorendo migliori valutazioni da parte del mercato; indirettamente, rafforzando e stabilizzando il rapporto fiduciario con la clientela e, più in generale, con il complesso degli stakeholders.

La compliance facilita il perseguimento degli obiettivi di sviluppo di lungo periodo, attraverso la protezione del marchio e della credibilità dell'organismo, presupposto per la stessa vita futura dell'azienda.

Pur prescindendo dall'esistenza di norme che impongono l'adozione di presidi ai rischi di non conformità, le strutture di vertice hanno, quindi, un reale interesse ad operare affinché il sistema dei presidi regolamentari ed operativi e la politica degli incentivi-disincentivi utilizzati dall'azienda siano coerenti con l'obiettivo del rispetto delle norme, dei codici etici e degli standard di condotta adottati.

La funzione di compliance in materia di contratti pubblici

In linea generale nella gerarchia dei controlli all'interno delle aziende possono distinguersi controlli di primo livello, che si affiancano all'attività operativa, controlli di secondo livello, sovraordinati alle strutture operative, e revisione interna (internal audit) con il compito di assicurare il funzionamento del sistema dei controlli nel suo complesso. La funzione di compliance si colloca nell'ambito dei controlli di secondo livello, e tende ad agire come si è detto, nel continuo, attraverso la verifica della conformità dei processi che assistono l'operatività oltre che con la diffusione di una cultura aziendale ispirata al rispetto delle norme. Il perimetro dell'applicazione della compliance si estende a tutta l'operatività aziendale con una particolare attenzione alle attività che comportano più elevati rischi di non conformità.

Anche le organizzazioni pubbliche possono subire conseguenze negative dal mancato rispetto delle norme e debbono proteggersi da rischi reputazionali, con riflessi in termini di affidamento dell'opinione pubblica sull'adeguatezza del servizio che l'ente è chiamato a svolgere secondo criteri di efficienza ed economicità e assicurando, nel contempo, trasparenza e *accountability* al proprio operato.

Nell'amministrazione pubblica un importante ambito di applicazione della compliance è costituito dal processo di spesa che presenta esigenze di controllo dei comportamenti simili ad altre attività regolamentate e, in qualche misura analoghe a quelle del sistema bancario. Tale processo è, infatti, caratterizzato da una rilevante complessità della normativa di riferimento, da procedure operative che comportano il concorso di soggetti, strutture e competenze professionali diverse, con elevati rischi economici e reputazionali derivanti da comportamenti non conformi alle regole.

La funzione di compliance può proficuamente svolgere il compito di mitigazione del rischio di non conformità alla normativa in materia di contratti di lavori, servizi e forniture, contribuendo ex ante ad assicurare l'adeguatezza delle procedure operative con l'osservanza delle disposizioni di etero ed auto regolamentazione dettate in materia di spesa. È un'attività che può scomporsi in diverse fasi: la prima è preordinata rispetto al momento in cui si realizzano i singoli atti ed è finalizzata ad identificare il complesso delle norme che, direttamente o indirettamente, incidono sul processo di spesa e delle quali occorre assicurare l'osservanza. Si tratta di un complesso articolato di regole che non riguardano solo il codice dei contratti pubblici ma coinvolgono anche altre fonti normative che si collegano al processo di spesa (quali le norme sulla regolarità contributiva e quelle sui pagamenti superiori a 10.000 euro) e che devono essere adeguatamente rappresentate nell'ambito dell'attività di compliance al fine di garantire la regolarità del processo di spesa.

Una seconda fase si concretizza essenzialmente in una analisi di processo con l'obiettivo di valutare nel continuo la rispondenza della procedura di spesa alla norme che ad essa si collegano. Si tratta di un'azione

che si affianca a quella organizzativa ed è volta a creare i presupposti per la regolarità dei comportamenti individuali.

Occorrerà, poi, verificare attraverso analisi campionarie, e indicatori di conformità opportunamente predisposti, il rispetto delle procedure e delle regole prestabilite. L'esito dei controlli consentirà alla funzione di conformità di promuovere eventuali interventi correttivi delle procedure che si sono dimostrate non in grado di assicurare il rispetto delle norme.

E' infine compito della compliance fornire alle strutture di vertice riferimenti sul rispetto delle norme allo scopo di consentire un'adeguata consapevolezza dei rischi di non conformità ai quali la funzione di spesa espone la struttura.

Si è detto che la funzione di compliance deve focalizzare la propria attività sul controllo dei processi, sulla loro adeguatezza ad assicurare il rispetto delle regole piuttosto che sul controllo dei singoli atti; è questa l'innovazione di portata maggiore derivante dall'introduzione della funzione all'interno di una struttura. Il responsabile della compliance deve quindi fare in modo che i processi che producono gli atti siano "geneticamente" conformi alle norme.

Per facilitare il raggiungimento di tale obiettivo la funzione di conformità deve tendere ad uniformare i processi che assistono specifiche categorie di attività, come quella della spesa, mirando alla standardizzazione di quelli omogenei all'interno della struttura dell'ente, al fine di facilitare il rispetto delle regole da parte degli operatori, che disporranno in tal modo di procedure guidate di esecuzione dell'attività, e di agevolare nel contempo anche il controllo da parte della stessa funzione.

Il processo che presidia la regolarità della spesa deve tendere a coprire i singoli momenti in cui si articola l'attività (*fundings*, istruttoria, aggiudicazione provvisoria, aggiudicazione definitiva, stipula del contratto, esecuzione, liquidazione della spesa). L'integrazione del processo trae un fondamentale ausilio, in particolare in organizzazioni complesse, dall'impianto di apposite procedure informatiche che consentano di costruire un insieme di controlli automatici sulla correttezza dei vari atti mediante la predisposizione di un processo guidato. L'ausilio informatico permette anche di alimentare e poi rendere disponibile un dettagliato archivio di dati utile, in primo luogo, nella fase istruttoria (ad es. elenco fornitori, elenco depositi cauzionali) e, quindi, per l'attività di verifica e di *reporting*.

Il processo a presidio dell'attività di spesa deve prevedere, nei limiti del possibile e con l'ausilio di adeguati supporti informatici, una serie di snodi che impediscano il proseguimento del processo se non previa verifica del rispetto delle previsioni regolamentari ad opera di soggetti che ricoprono "ruoli procedurali" diversi, muniti delle necessarie abilitazioni per intervenire nell'attività con compiti predefiniti.

Tra i punti di snodo principali che una procedura di controllo della spesa dovrebbe prevedere può essere indicata, in primo luogo, la verifica della compatibilità finanziaria dell'iniziativa con le previsioni di spesa dell'amministrazione. Inoltre la procedura deve assicurare il rispetto degli iter autorizzativi previsti all'interno dell'organizzazione e la possibilità di "tracciare" e analizzare i singoli momenti del processo di spesa, con particolare riguardo alle modalità attraverso le quali l'ente ha proceduto alla selezione del

fornitore e alla presenza delle condizioni e dei requisiti posti dalla legge per l'adozione delle modalità adottate. La procedura deve, infine, poter consentire la verifica della corretta esecuzione del contratto.

In linea generale l'attività di analisi della conformità in materia di spesa, deve, essere in grado di fronteggiare i rischi di violazione dei principi di trasparenza, di economicità, di efficacia e parità di trattamento nel processo di scelta delle controparti fissati dal codice dei contratti. In concreto deve, tra l'altro, assicurare il rispetto dei limiti di importo previsti per la selezione dei fornitori e il possesso da parte di questi ultimi degli standard qualitativi e dei requisiti tecnico-professionali richiesti dalle norme. E' di tali aspetti che occorrerà, evidentemente, tenere in particolare conto nella costruzione di procedure adeguatamente conformate per un accurato monitoraggio dei relativi rischi.

Per realizzare strumenti informatici idonei a supportare il processo occorre una preventiva "mappatura" della struttura organizzativa, delle procedure e dei rischi che si collegano all'attività di spesa attraverso l'analisi del percorso tecnico e amministrativo che un atto di spesa deve realizzare all'interno dell'ente. Solo in tal modo si possono identificare con precisione quali siano i punti di snodo da presidiare e gli interventi di controllo da realizzare. Occorre inoltre essere in grado di censire in modo organico tutti i flussi informativi che derivano dal processo e di gestire ed archiviare la relativa documentazione, per facilitare possibili analisi campionarie senza aggravii per le strutture operative. La disponibilità, poi, di un adeguato flusso di ritorno consente l'elaborazione e l'analisi di indicatori di anomalia e facilita l'attività di rendicontazione e di valutazione del grado di conformità raggiunto dalla struttura.

La previsione di una banca dati realizzata ed alimentata con le informazioni ricavate dalle procedure informatiche che assistono l'attività di spesa, consente, infatti, l'elaborazione di indicatori diretti a monitorare il rispetto delle regole, che possono essere individuati ed elaborati dal responsabile della compliance per verificare l'effettiva adeguatezza del processo, per individuare possibili segmenti o settori a più elevato rischio e per consentire, in tal modo, interventi correttivi idonei ad assicurare adeguati livelli di rispetto delle regole.

Alcuni indicatori di conformità diretti a valutare i requisiti di correttezza e trasparenza del processo possono essere rappresentati da indici di rotazione dei fornitori, da segnalatori di accentuato utilizzo di forme di negoziazione diretta e di frazionamento delle iniziative, per individuare, questi ultimi, possibili aggiramenti dei limiti quantitativi stabiliti dalla legge per il ricorso a procedure competitive.

Osservazioni conclusive

A conclusione di questo intervento vorrei sottolineare come per raggiungere l'obiettivo di garantire il rispetto delle regole in una organizzazione complessa non è sufficiente la previsione di sanzioni in presenza di comportamenti non conformi, da accertare attraverso il controllo sull'attività svolta. La sanzione, infatti, colpisce il responsabile di un comportamento irregolare ma non sana il danno che questo comportamento potrebbe aver provocato e non necessariamente costituisce una remora ad analoghi condotte.

Occorre invece creare i presupposti perché le azioni dei singoli siano ispirate al rispetto delle norme, da un lato, mediante adeguati supporti organizzativi, regolamentari e procedurali, dall'altro, attraverso la

diffusione e l'affermazione di una cultura aziendale che condizioni all'origine i comportamenti individuali, favorendo la conoscenza delle regole da rispettare, la consapevolezza dei rischi ai quali le condotte non conformi espongono l'organizzazione e, in ultima analisi, la interiorizzazione delle finalità aziendali o sociali che le regole perseguono.

La funzione di compliance mira ad evitare le irregolarità all'interno di una struttura, creando i presupposti culturali ed operativi affinché le norme vengano rispettate, in particolare attraverso il contributo alla progettazione, predisposizione e verifica di adeguate procedure interne. L'enfasi dell'attività di controllo tende a spostarsi dalla verifica successiva sui singoli atti ad un'azione preventiva di monitoraggio dei processi diretta ad assicurare che essi determinino, nei limiti del possibile, il rispetto delle regole.

La compliance segna una ulteriore importante evoluzione del ruolo delle verifiche interne, dal controllo a norma sui singoli atti, che rischia di tramutarsi in uno sterile inseguimento della irregolarità operativa non utile ad evitare comportamenti non corretti, a controllo sull'adeguatezza delle procedure che generano gli atti. Tale approccio risulta sicuramente più funzionale ad obiettivi di prevenzione e forse può consentire di dare una risposta all'esigenza, richiamata dal Presidente Coraggio, che il perseguimento degli obiettivi di efficacia e di efficienza dell'azione pubblica non vada a scapito della legalità.

Come ha avuto modo di affermare il Dott. Cola, la funzione di compliance deve saper tradurre le norme, di etero e di auto regolamentazione, in processi e procedure; questa mi sembra una osservazione utile ad identificare quale possa intendersi il compito fondamentale del responsabile della funzione.

Occorre però ribadire come l'introduzione e l'affermazione della compliance all'interno di una struttura richiedono processi complessi che devono scontare un riequilibrio dei ruoli ed una ridefinizione dei compiti di supervisione, il superamento di ostacoli organizzativi e la naturale avversione ai controlli da parte delle strutture operative oltre che le obiezioni derivanti dagli oneri economici e procedurali che qualunque controllo comporta.

L'affermazione della funzione di conformità nel settore creditizio sta avvenendo in virtù dell'azione di regolamentazione e di supervisione della Vigilanza della Banca d'Italia che ha facilitato l'impianto organizzativo con l'enunciazione di principi generali. Essa trova, comunque, motivazione pure in assenza di esigenze di rispetto di dettami esterni nel contributo che il controllo di conformità fornisce alla creazione di valore, in termini di protezione dai rischi, anche reputazionali, derivanti dal mancato rispetto delle regole che le strutture complesse affrontano, in particolare, nello svolgimento di attività regolamentate ed a rilevante impatto esterno.

L'esperienza che va maturando nel settore bancario può essere utile nel processo di approfondimento e di affinamento dei controlli nell'ambito anche di organizzazioni diverse, quali quelle pubbliche, e in segmenti di attività caratterizzati da rilevante complessità normativa e da elevati rischi, quale è, appunto, quello dei contratti di spesa.

I contratti pubblici e la loro gestione: conformità normativa
e compliance

Compliance in materia di appalti e *best practice* del sistema finanziario

Claudio Clemente
Ragioniere Generale Banca d'Italia

23 Aprile 2009

AICOM
Associazione Italiana Compliance

OpenTech®

Agenda dell'intervento

1. Introduzione
2. La *compliance* nel settore bancario
3. Condizioni di efficacia della funzione di *compliance*
4. La *compliance* in materia di appalti
5. Conclusioni

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 2 -



1. Introduzione

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 3 -



1. Introduzione

L'esigenza di istituire un presidio di compliance è sempre più avvertita da ogni tipo di organizzazione, sia essa pubblica o privata, di natura finanziaria o industriale.

Comuni sono le variabili che orientano in tal senso:

- accresciuta complessità del contesto operativo e maggiore sofisticazione dell'attività
- proliferazione delle norme e loro complessità
- maggiore articolazione delle regole interne, al fine di adeguarle a nuove istanze anche di tipo non normativo
- attenzione crescente alla tutela del consumatore/cliente e vaglio sempre più attento degli *stakeholders*
- moltiplicazione delle disposizioni che disciplinano figure professionali incaricate di compiti di controllo

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 4 -



2. La *compliance* nel settore bancario

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 5 -



2. La *compliance* nel settore bancario

Una prima trattazione sistematica del concetto di *compliance* ha riguardato il settore bancario:
“Compliance and the compliance function in banks”
(Comitato di Basilea, aprile 2005)

Contributo definitorio

“rischio di sanzioni legali o amministrative, di rilevanti perdite finanziarie o di danni reputazionali derivanti dal mancato rispetto di leggi, regolamenti, codici di autoregolamentazione, standard operativi e codici di condotta applicabili all’attività dell’azienda”

Principi di portata generale per l’istituzione del presidio

- *focus sul carattere preventivo dell’attività di gestione del rischio di compliance*
- *attenzione alla “qualità” dei comportamenti gestionali*

La compliance è uno strumento proattivo di prevenzione del rischio di non conformità

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 6 -



2. La compliance nel settore bancario

L'ordinamento bancario italiano recepisce i principi enunciati dal Comitato di Basilea nelle **"Disposizioni di vigilanza in materia di conformità"** (luglio 2007): disciplina di una nuova funzione di gestione del rischio il cui fine è garantire che processi e procedure siano coerenti, nel tempo, con la necessità di prevenire la violazione di norme di etero e autoregolamentazione.

Principali attribuzioni della funzione:



- ✓ **monitorare** l'evoluzione del quadro normativo di riferimento e analizzarne l'impatto su processi e procedure;
- ✓ **promuovere** la definizione dei presidi necessari a fronte dei rischi di non conformità individuati, **proporre** le conseguenti modifiche organizzative e procedurali e **verificare** l'efficacia degli interventi realizzati;
- ✓ **valutare/validare** preventivamente nuovi prodotti/processi;
- ✓ contribuire alla promozione di una **cultura aziendale** improntata a valori di eticità e correttezza dei comportamenti

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 7 -



2. La compliance nel settore bancario

L'organizzazione

Un'efficace gestione del rischio di non conformità richiede:

- una chiara e formalizzata **individuazione di ruoli e responsabilità**
- l'istituzione di una **apposita funzione**
- la nomina di un **responsabile**
- la **formalizzazione** del processo di controllo e dell'attività svolta

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 8 -



2. La *compliance* nel settore bancario

I principali compiti

- ✓ **assistenza e consulenza** agli organi di vertice
- ✓ **formazione** aziendale in materia di conformità
- ✓ **identificazione e valutazione** nel continuo
 - delle norme applicabili
 - della conformità dell'organizzazione, dei processi, dei comportamenti alle leggi, ai regolamenti, agli standard operativi
- ✓ **proposta di modifiche** organizzative e procedurali finalizzate ad assicurare un adeguato presidio ai rischi di conformità
- ✓ **verifica** dell'efficacia dell'organizzazione e dei processi ad assicurare la conformità
- ✓ **reportistica**

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 9 -



2. La *compliance* nel settore bancario

La creazione di valore

➡ contribuisce concretamente ad **accrescere la redditività aziendale** e a **ridurre la volatilità degli utili**

- ✓ *prevenendo perdite finanziarie/sanzioni*
- ✓ *evitando contrazioni del business per danni reputazionali*
- ✓ *favorendo una positiva valutazione da parte delle società di rating e degli investitori istituzionali*

➡ **rafforza e stabilizza il rapporto fiduciario** con la clientela e, più in generale, con tutti gli **stakeholders**, contribuendo al perseguimento di **obiettivi di sviluppo di lungo periodo** attraverso la **protezione** del marchio e della **reputazione**.

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 10 -



3. Condizioni di efficacia della funzione

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 11 -



3. Condizioni di efficacia della funzione

- ➔ I principi di *compliance* trovano più facilmente attuazione dove esistono **regole che dall'esterno ne impongono il rispetto e assicurano la presenza di punti di garanzia** (come accade nel settore bancario).
- ➔ Maggiori difficoltà si incontrano nelle realtà in cui **manca una cultura dei controlli** e non esistono consolidate **metodologie di verifica**.
- ➔ Al fine di assicurare alla funzione il potere effettivo di **orientare i comportamenti** gestionali e operativi, occorre che vengano realizzate alcune **condizioni necessarie**:

1. **Cultura aziendale**
2. **Indipendenza**
3. **Risorse**
4. **Perimetro definito**
5. **Chiare relazioni con le altre strutture aziendali**

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 12 -



3. Condizioni di efficacia della funzione

1. La cultura aziendale orienta i comportamenti organizzativi e gestionali

- è necessario un forte **commitment** dei vertici aziendali, per promuovere una "cultura della compliance";
- deve essere assicurato un **bilanciamento degli obiettivi** di performance assegnati al management con obiettivi di correttezza ed eticità.

2. Indipendenza effettiva. Presupposti:

- corretta **collocazione organizzativa** della funzione;
- adeguato **posizionamento** nell'ambito del sistema di governance aziendale (ad es.: partecipazione ai comitati);
- capacità di **autogoverno** (governo degli avanzamenti di carriera e dell'incentivazione degli uomini della Compliance);
- idoneità dei **meccanismi operativi** e della **microstruttura** (dimensione dell'unità e articolazione interna dei compiti)

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 13 -



3. Condizioni di efficacia della funzione

3. Risorse. Il presidio di *Compliance* è una realtà necessariamente in continua evoluzione:

è opportuno **pianificare gli investimenti** necessari al suo adeguamento nel tempo; le **risorse** (umane e tecniche) assegnate alla funzione devono possedere specifici profili quali-quantitativi.

4. Perimetro. L'ambito di competenza della funzione, da adeguare nel tempo, deve ricomprendere le aree caratterizzate da un **livello di rischio di compliance significativo**, in cui tale presidio può assicurare valore aggiunto senza eccessivo aggravio di costi o duplicazione di professionalità/attività.

5. Sistemi di relazione con le altre funzioni/strutture. Un dialogo costante e costruttivo tra la *Compliance* e le altre funzioni aziendali **favorisce il diffondersi della cultura** della conformità e crea opportunità di innovazione; il confronto tra ottiche differenti **facilita l'individuazione di soluzioni** che agevolano l'operatività, accrescendone efficacia ed efficienza, nel rispetto delle regole.

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 14 -



4. La *compliance* in materia di appalti

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 15 -



4. La *compliance* in materia di appalti

Principali indicazioni provenienti dall'esperienza in campo bancario

La funzione di *Compliance* deve assicurare la conformità dei **comportamenti** alle norme garantendo che i **processi** operativi ne consentano il rispetto.

L'ambito applicativo teorico della funzione si estende a **tutta l'attività** dell'entità organizzativa.

La tendenza è quella di presidiare in primo luogo i **rischi più rilevanti**.

Occorre assicurare l'**indipendenza** della funzione.

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 16 -



4. La *compliance* in materia di appalti

Nella Pubblica Amministrazione un importante ambito di applicazione della *compliance* è l'attività che presiede ai contratti pubblici caratterizzata da:

- una rilevante **complessità della normativa**
- un **processo operativo articolato** con l'intervento di soggetti, strutture e competenze diverse
- **elevati rischi** economici e reputazionali collegati a comportamenti non conformi alle regole

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 17 -



4. La *compliance* in materia di appalti

Finalità del controllo di *compliance* negli appalti

- **mitigazione del rischio** di non conformità alla normativa in materia di appalti

mediante un'attività volta a

- **identificare il complesso delle norme** che direttamente (Codice degli appalti) o indirettamente (ad es.: L. 266/2002 istitutiva del Documento unico di regolarità contributiva e Decreto del MEF n. 40/2008 per i pagamenti superiori a € 10.000) devono essere rispettate nel processo di spesa

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 18 -



4. La *compliance* in materia di appalti

Finalità del controllo di *compliance* negli appalti

- **contribuire ex ante** ad assicurare l'adeguatezza delle procedure volte a prevenire il rischio di non conformità con le disposizioni di etero e autoregolamentazione in materia di spesa
- **valutare** nel continuo la rispondenza del processo all'evoluzione normativa
- **verificare** mediante analisi campionarie ovvero indicatori di conformità il rispetto dei processi e delle regole promuovendo interventi correttivi
- **fornire** riferimenti ai Vertici sul rispetto delle norme

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 19 -



4. La *compliance* in materia di appalti

Caratteristiche della procedura di spesa a supporto della funzione di *compliance*

- uniformità e standardizzazione di utilizzo
- integrazione automatica dell'intero processo di spesa (*funding*, istruttoria, stipula del contratto, esecuzione del contratto, liquidazione della spesa)
- disponibilità di un dettagliato data-base (ad es.: evidenza fornitori, elenco depositi cauzionali)
- controlli automatici sulla congruenza e correttezza delle informazioni da inserire nella procedura (processo guidato)



ricorso ad adeguate tecnologie informatiche

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 20 -



4. La *compliance* in materia di appalti

Punti di snodo della procedura

- verifica della **compatibilità finanziaria** delle iniziative
- rispetto degli **iter autorizzativi**
- tracciabilità delle modalità di **selezione del fornitore**
- verifica della corretta **esecuzione** del contratto

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 21 -



4. La *compliance* in materia di appalti

Tipologie di rischio

- rischio di violazione dei principi di trasparenza, economicità, efficacia e parità di trattamento nelle procedure di scelta delle controparti (ad es. violazione dei limiti di importo previsti per la selezione dei fornitori)
- rischio di mancato possesso degli standard qualitativi richiesti alle imprese (ad es. SOA e ISO)
- rischio di mancato possesso dei requisiti tecnico-professionali richiesti alle imprese (ad es. iscrizioni ad Albi professionali, qualificazione per categorie di opere generali)
- rischio da interferenze (L. n. 123/2007 e D.Lgs. 81/2008 in materia di obblighi di sicurezza sul lavoro)

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 22 -



4. La *compliance* in materia di appalti

Alcuni indicatori di conformità

- indicatori di rotazione dei fornitori
- indicatori di frazionamento delle iniziative di spesa
- indicatori di qualità
- indicatori di idoneità (ad es. verifica del possesso dei requisiti tecnico-professionali)
- indicatori del rischio da interferenze (verifica che l'appaltatore sia in grado di valutare i rischi specifici dell'attività e attui le conseguenti azioni di prevenzione, in conformità alle norme di legge)

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 23 -



4. La *compliance* in materia di appalti

Le procedure informatiche

L'adeguata informatizzazione del processo di spesa può consentire al responsabile della funzione di *compliance* di:

- "mappare" organizzazione, processi e rischi
- censire in modo organico tutti i flussi informativi
- gestire e archiviare la relativa documentazione
- disporre di un adeguato flusso di ritorno da utilizzare per l'elaborazione e l'analisi di indicatori di anomalia e per la reportistica

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 24 -



5. Conclusioni

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 25 -



5. Conclusioni

- Per garantire il **rispetto delle regole** non è sufficiente la previsione di sanzioni
- Occorre creare i **presupposti** perché le norme vengano rispettate progettando, predisponendo e controllando le procedure operative
- L'evoluzione dei controlli sposta l'enfasi dall'**attività di verifica successiva** ad una azione preventiva di **monitoraggio** dei processi diretta ad assicurare che essi incorporino meccanismi finalizzati al rispetto delle regole

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 26 -



5. Conclusioni

- La *compliance* segna un importante passaggio dal concetto di “controllo a norma”, effettuato sui singoli atti, al controllo sulla **adeguatezza delle procedure** (che generano gli atti) per consentire nel continuo il rispetto delle norme.
- La costruzione di adeguate procedure consente anche il **monitoraggio** a distanza dei comportamenti.
- “La funzione di *compliance* deve saper **tradurre le norme** di etero e autoregolamentazione **in processi** e procedure”
- L'introduzione obbligatoria della funzione di *compliance* nel sistema bancario ha avviato un processo di **approfondimento** e di **perfezionamento** della funzione che potrà risultare utile anche per altre tipologie di soggetti.

C. Clemente, 23 aprile 2009

- 27 -



Giancarlo Coraggio

Sì, non c'è dubbio che potremmo trarre utili insegnamenti noi che ci muoviamo nell'ambito della struttura tradizionale dell'Amministrazione Pubblica. Aggiungo solo, inerente alla prima parte, quella che cioè sul ruolo preventivo della compliance, che ciò possiamo considerarlo già acquisito da parte di tutte le pubbliche amministrazioni e lo ha accennato anche il Presidente Giampaolino, quando fu fatta la prima riforma con la legge quadro degli appalti vi era l'urgente necessità di contrapporre all'intervento sanzionatorio-penale, soluzioni interne di controllo e di verifica del rispetto delle regole, poiché l'intervento sanzionatorio successivo, lungi dall'essere risolutivo del problema, spesso lo aggrava perché determina un effetto distruttivo anche dal punto di vista psicologico dell'amministrazione, si arriva alla paralisi e poi perché per sua natura è un intervento episodico, chiunque è Giudice sa perfettamente che non può assumersi il ruolo di tutore generale e di sistema della legalità dell'azione amministrativa e quando pretende di svolgere questo ruolo cade, a mio avviso, esso stesso in una patologia. Quanto alla seconda parte avevo già notato in un regolamento venuto di recente all'esame del Consiglio di Stato, questa particolare attenzione della Banca d'Italia, poiché era un regolamento di provenienza Banca d'Italia, per l'autorevolezza e per il rispetto del ruolo dei controllori, chiamiamoli in senso generico. Vedremo se questi requisiti e queste condizioni ci sono anche nel resto della pubblica amministrazione, questo sarà l'oggetto dell'intervento della prof.ssa Torchia a cui do subito la parola.

I Controlli interni per una gestione efficace degli appalti*

Luisa Torchia

Ordinario Diritto Amministrativo Università degli Studi Roma 3

Grazie Presidente. Anch'io, come l'avv. Linguiti quando ho dovuto cominciare a pensare a questo intervento mi sono chiesta: "Ma compliance e pubblica amministrazione sono in realtà due temi che possono essere messi insieme? Perché se la compliance è la conformità alle norme, o come adesso ci è stato più articolatamente spiegato, il tentativo di prevenire il rischio di violazione delle norme, poiché il compito principale della pubblica amministrazione è dare corretta applicazione alle norme, la funzione di compliance è in un certo senso intrinseca ed implicita. In realtà nel sistema amministrativo, è stato già ricordato stamattina, questa funzione c'era e c'è ancora ma in maniera diversa, e si chiama controllo preventivo di legittimità. C'era un sistema di controllo esterno, perché il controllo veniva fatto dalla Corte dei Conti, era un controllo preventivo, aveva ad oggetto soltanto la legittimità ed era "un controllo integrativo dell'efficacia", cioè se l'atto non superava il controllo non acquisiva efficacia, quindi era un controllo che in qualche misura era una co-decisione perché l'atto non riusciva ad esplicare i suoi effetti se il controllore non lo riteneva legittimo. Questo sistema, come voi tutti sapete, è stato abbandonato quasi completamente all'inizio degli anni novanta per diverse ragioni: intanto perché non era un sistema poi così efficiente, e mi limito a ricordare che secondo alcuni calcoli la Corte dei Conti faceva cinque milioni di pezzi, se vogliamo metterla in termini industriali, all'anno e che all'inizio degli anni novanta non uno solo di questi pezzi ha riguardato la vicenda di tangentopoli, che sicuramente qualcosa con la legittimità degli atti amministrativi aveva a che fare, ma al di là di questo si è dovuto in un certo senso abbandonarlo, ed è per questo che oggi nessuno più credo lo rimpianga o lo rievoca, perché è cambiato il sistema amministrativo al quale si applicava. Il controllo preventivo di legittimità si applicava innanzitutto agli atti di un sistema amministrativo in cui le amministrazioni erano relativamente poche, relativamente omogenee ed obbedivano a norme non differenziate. Negli anni novanta il sistema amministrativo è completamente diverso: le amministrazioni sono diventate tante, le regole sono diventate tante e differenziate sul territorio, ci sono le Regioni, ci sono i Comuni, c'è l'autonomia comunale e così via, e soprattutto è diventato chiarissimo che ciò che rileva non è l'atto amministrativo del singolo atto, ma è l'attività amministrativa nel suo complesso, i processi se vogliamo dirlo in termini aziendali, i procedimenti come diciamo da giuristi, non è un caso che la legge sui principi generali del procedimento è proprio del 1990, emerge il fatto che l'attività amministrativa non è fatta di provvedimenti ma di procedimenti e di decisioni che si prendono attraverso questi procedimenti. Quindi una volta che viene a mancare il presupposto, quella serie di condizioni che consentivano di avere un controllo esterno preventivo di legittimità, si cerca, dico si cerca perché il tentativo non so se è fallito ma ancora di certo non è riuscito, di passare ad un sistema di controlli interni, che siano controlli chiamiamoli genericamente di gestione, il riferimento al decreto legislativo 286 del 1999, perché qualsiasi cosa nell'amministrazione deve entrare attraverso una

* Tratto dalla trascrizione dell'intervento tenuto in occasione del convegno

legge per evidenti ragioni, che prevede quattro diversi tipi di controllo che sono tutti attribuiti a strutture diverse dentro l'amministrazione: il controllo strategico, il controllo di gestione, il controllo di regolarità e la valutazione dei dirigenti e ciascuno di questi controlli ha una struttura di riferimento e ciascun tipo di amministrazione può articularli in maniera diversa. Quindi ad esempio il controllo non è lo stesso nei ministeri rispetto a come è nelle Regioni e negli enti locali, ancor più il controllo non è lo stesso, e questo è ragionevole, per tutte le attività, perché fare dei controlli sull'attività investigativa, come nel caso di controlli sul ministero degli interni che svolge questo tipo di attività è cosa completamente diversa da fare i controlli su un'attività amministrativa che è rivolta a dare ad esempio contributi alle imprese, su un'attività amministrativa di tipo regolativo e così via. Quindi si cerca di scrivere un sistema che al contrario del primo è interno, la funzione viene internalizzata e fortemente connessa con l'attività amministrativa e quindi a seconda di questa cambia la sua struttura, e non ha più una funzione sanzionatoria, a fini di responsabilità, ma ha una funzione di conoscenza e correzione, verifico ciò che faccio, verifico se sbaglio ed in questo caso mi correggo. A distanza di dieci anni i risultati di questo sistema sono molto modesti. Ciò è dovuto a diverse ragioni: perché si è investito assai poco su questo sistema, lasciandolo un po' alla volontarietà delle amministrazioni, perché non si è investito sugli strumenti, né sulle persone, infatti fare un controllo preventivo di legittimità richiede un certo tipo di competenza e di mentalità, operare nei controlli interni richiede un altro tipo di competenza ma anche una diversa mentalità, non guardare agli atti ma concentrarsi sull'attività, sui processi ed avere altri parametri. È mancata la standardizzazione di nuovi strumenti che sarebbe stata necessaria invece, e soprattutto è mancata una capacità che è tipica del sistema amministrativo italiano: non si è perseguito per abbastanza tempo lo stesso obiettivo, sono continuamente cambiate le regole del gioco e sono state continuamente fatte riforme delle riforme per cui non ci si è mai concentrati sull'attuazione delle riforme, ci si è molto concentrati sulla progettazione legislativa delle riforme, per cui abbiamo tante norme e poche realizzazioni e questo purtroppo è vero non soltanto per i controlli interni. Nel frattempo l'amministrazione si trova in difficoltà perché da una parte ha difficoltà a lasciare gli strumenti tradizionali, che almeno conosce, che danno una certa assicurazione, non riesce ad elaborare strumenti nuovi, né, devo dire, è possibile trasferire *tout-court* gli strumenti che sono stati pensati ed elaborati per strutture private, ed in particolare per le imprese, nell'amministrazione, perché l'amministrazione non è poi così indifferente come si pensa, ma certo ha un grado di complessità in più. In una qualsiasi piccolissima amministrazione, ad esempio un piccolo comune, si trovano molte più linee di produzione, se vogliamo dirlo con un linguaggio appunto aziendale, di quanto è possibile trovare in qualsiasi impresa, perché hanno l'anagrafe, hanno l'illuminazione, hanno i servizi cimiteriali, hanno le scuole e così via, e ciascuna di queste linee deve rispettare delle regole, degli adempimenti e così via.

Fatta questa breve premessa per dire qual è l'aspetto dei controlli oggi nelle amministrazioni pubbliche, se passiamo più specificatamente alla materia degli appalti e delle forniture, questa materia è particolarmente interessante perché, si potrebbe dire, in fondo è la stessa cosa, è uno di quei settori in cui la scelta del contraente è lo stesso tipo di attività sia che venga fatta da un soggetto privato, sia che venga fatta da un soggetto pubblico. Stamattina è stato ricordato molto bene perché ci sono regole in più per il soggetto pubblico, dato che si pensa che il soggetto privato scelga il suo contraente secondo la regola della migliore efficienza, perché altrimenti ne avrà una perdita, cioè ha un controllo esterno da parte del mercato, se sbaglia paga. Invece nell'amministrazione questo controllo non c'è e quindi ci sono quelle serie di regole sulla trasparenza, sulla concorrenza e così via. Sia il presidente Giampaolino che l'Avv. Linguiti ci hanno ricordato, tra l'altro, quali sono i diversi orientamenti almeno tradizionali dell'ordinamento nazionale

rispetto a quello comunitario e come questa convivenza produca qualche frizione, per la pubblica amministrazione questa scelta deve essere quindi anche governata dalla trasparenza e dalla *par condicio*.

La funzione di compliance dovrebbe quindi far rispettare insieme i criteri di legittimità, il criterio di trasparenza, il criterio di correttezza per evitare, questo c'è l'ha spiegato molto bene il Dott. Clemente prima, sia perdite che sanzioni. Per la verità questa funzione è molto poco sviluppata dentro l'amministrazione. Il Presidente Coraggio sa benissimo che praticamente qualsiasi procedimento di aggiudicazione finisce in un processo amministrativo, cioè non so se il rapporto è uno ad uno ma sicuramente è molto vicino, con enormi costi per tutti, per l'amministrazione, per i contribuenti e per le imprese che partecipano. Il motivo di questo contenzioso così alto, che a volte si concentra su questioni significative ma tante altre meno, spesso è dovuto alla necessità di interpretazione da parte dell'amministrazione, cioè vi è una turbolenza amministrativa, e mi permetto di dire anche giurisprudenziale, che non riguarda solo le grandi decisioni, ad esempio la legge 104 corretta con il codice dei contratti che è giunta adesso al terzo correttivo, che rende difficile applicare anche le regole più semplici. Questa turbolenza amministrativa, insieme ad un grado di consapevolezza negli uffici amministrativi, specie in quelli delle amministrazioni più piccole, piuttosto basso, fa sì che la funzione di compliance potrebbe, nelle amministrazioni pubbliche, intanto assicurare la conoscenza delle regole ed un certo grado di certezza di queste regole. Il Dott. Clemente ci ricordava prima che una delle regole a cui le amministrazioni si devono attenere è quella prevista dall'art. 48/bis della Finanziaria 2007 che dice che qualsiasi amministrazione prima di pagare il suo creditore deve verificare se tale creditore non sia debitore per 10.000 euro nei confronti di un'altra amministrazione. Questa norma è stata dichiarata immediatamente applicabile e, come era abbastanza prevedibile che succedesse, ha bloccato tutti i pagamenti, è stata modificata e la sua applicabilità è stata sottoposta all'emanazione di un regolamento, è stato emanato un regolamento dopo alcuni mesi e, che io sappia, siamo alla terza circolare che sta cercando di definire ad esempio cosa sia un pagamento (il pagamento non è un trasferimento, quindi se bisogna trasferire dei fondi da una amministrazione ad un'altra non occorre tale verifica, tale controllo si applica invece a società a partecipazione pubblica), se vi siano dei pagamenti fra amministrazioni a cui si debba applicare, sono cose noiose per chi si occupa di altro, però sono cose che poi nella vita di ogni giorno dell'amministrazione ne bloccano l'attività, ed il fatto che non ci sia una condivisione di conoscenza della regola pratica, perché, ripeto, qui non stiamo parlando di un principio giuridico generale che bisogna applicare, ma di regole operative attraverso cui rendere la norma operativa, fa sì che le amministrazioni adottino comportamenti differenti e che quindi sia facile si verifichi una non conformità alla norma. Uno dei problemi è che non siamo del tutto sicuri di ciò che la norma dica, di quale sia il modo corretto di applicarla.

La diffusione di una funzione specifica nelle diverse amministrazioni che assicuri prima di tutto la conoscenza delle regole, che aiuti nell'esercizio dell'applicazione, non con la funzione sanzionatoria, ma appunto a capire come evitare gli errori, sarebbe sicuramente molto utile e correggerebbe, inoltre, un'altra abitudine italiana che è stata ricordata stamattina, che è l'oscillazione tra il massimo dell'automatismo ed il massimo della discrezionalità. In materia di appalti l'esempio è evidente ed è quello delle offerte anomale, cioè, mentre il sistema italiano ad un certo punto sosteneva l'esclusione automatica, secondo l'ordinamento comunitario occorre di volta in volta verificare, attraverso un dialogo, se l'anomalia sussista oppure no. Questo si traduce in un esercizio ben temperato della discrezionalità, che richiede però l'esistenza di una cultura condivisa dell'operatività amministrativa, di quali sono i modi ragionevoli di

prendere le decisioni senza nascondersi né dietro l'automatismo, per cui l'esclusione non richiede nessun tipo di valutazione, né dietro la discrezionalità arbitraria per cui lo decido, ma è un esercizio discrezionale non sindacabile poiché sto facendo la scelta che nessun altro può fare al posto mio.

Ecco forse la compliance nella pubblica amministrazione dovrebbe cominciare da qui: da un progetto di condivisione diffusa di cultura, di nozioni e di strumenti specificatamente disegnati e l'Autorità di vigilanza potrebbe su questo assumere un ruolo guida, potrebbe esser per esempio un luogo in cui si raccolgano, si discutano e poi si diffondano le *best practice*, dove si dica quello che occorre fare per esser compliant rispetto alle norme.

Vi ringrazio.

Giancarlo Coraggio

Bene, molte cose interessanti in pochissimo tempo, soltanto una cosa perché ha toccato un problema che nella mia attuale funzione di responsabile della sezione normativa, vivo quotidianamente, cioè l'accumulo delle conoscenze. Ma come è possibile questo accumulo di fronte ad una continua variazione e modifica del dato normativo. Quando abbiamo cominciato a lavorare noi, lavoravamo su norme che risalivano a venti, trent'anni prima e che avevamo sviscerato, interpretato, chiarito. Ora non facciamo in tempo a capire di cosa si tratta che già le cambiano, quindi l'accumulo della conoscenza è pressoché impossibile. Per il resto non posso che condividere totalmente le interessanti osservazioni che lei ha fatto.

Diamo la parola al Prof. Tinelli; sono veramente curioso di capire come riuscirà a collegare i due profili.

Compliance e prevenzione delle responsabilità tributarie

Giuseppe Tinelli

Ordinario Diritto Tributario Università degli Studi Roma 3

Grazie Presidente.

Vorrei ricollegarmi alla parte conclusiva del Suo intervento, ove si faceva riferimento al rischio che può derivare dall'applicazione di norme, quali sono quelle tributarie, molto spesso incomprensibili, caratterizzate, per definizione, dalla loro mutevolezza e, soprattutto, da un consolidamento interpretativo che normalmente interviene a distanza di un notevole lasso temporale dalla loro emanazione, spesso addirittura quando dette norme non sono neanche più in vigore.

Il lungo periodo di consolidamento interpretativo fa sì che l'operatore economico, ed in particolar modo il soggetto che operi nel settore dei contratti pubblici, sia costantemente soggetto al rischio di imbattersi in una sanzione tributaria.

Ritengo, pertanto, che nell'ambito della gestione dei profili di rischio concernenti l'attività economica, ed in particolare nell'ambito della gestione di un'impresa che voglia mirare all'offerta di servizi che siano il più economici possibili e, conseguentemente, puntare ad essere, in prospettiva, un fornitore della pubblica amministrazione, siano da tener presenti i profili connessi alla variabile tributaria.

Scorrendo le norme dettate dal nostro sistema tributario, ci si accorge come questo oggi contenga modelli di responsabilità che non risultano coincidenti con il modello tradizionale, in cui una sanzione era strettamente collegata alla corresponsione di un ammontare di imposta inferiore rispetto a quello effettivamente dovuto, circostanza questa che derivava, il più delle volte, da una scelta evasiva, volontaria e consapevole, del contribuente.

Allo stato attuale, invece, il rischio tributario deriva da situazioni eterogenee. Molto spesso, ad esempio, il rischio tributario è da riconnettersi ad una interpretazione non corretta, da parte dell'Amministrazione Finanziaria, del dato normativo, erroneità che emerge come tale solo a seguito di una successiva e più meditata interpretazione della normativa tributaria.

Non solo: vi è tutta un'altra serie di sanzioni, e qui mi ricollego alla relazione del Dott. Clemente, che derivano da disposizioni previste dall'ordinamento non per tutelare la corretta applicazione delle norme tributarie nell'interesse del contribuente, ma per tutelare la conoscenza di fatti a rilevanza tributaria che si riferiscono a terzi. Il riferimento va, ad esempio, agli istituti bancari, cui il Legislatore sembra aver affidato la posizione di "garanti dell'informazione", ai fini dell'accertamento tributario, in funzione della loro particolare e privilegiata posizione rispetto ad una sterminata platea di potenziali contribuenti.

Ed invero, in forza degli obblighi informativi posti a loro carico, le banche hanno dovuto organizzare al proprio interno appositi uffici volti a soddisfare le richieste di informazioni provenienti dall'Amministrazione Finanziaria, a tal fine utilizzando strumenti informatici. Nell'implementazione di questi sistemi alcune banche, tuttavia, si sono trovate a rispondere tardivamente alle richieste formulate dalle Amministrazioni finanziarie, anche con ritardo di solo pochi giorni: ebbene, ciò non ha impedito agli Uffici dell'Amministrazione Finanziaria di applicare alla lettera la normativa che prevede delle sanzioni

tutt'altro che lievi, con la conseguenza che molti istituti di credito si sono visti irrogare sanzioni per comportamenti sostanzialmente giustificabili, non a loro effettivamente riferibili (problemi legati ai Centri elettronici di elaborazione, ristrettezza dei tempi concessi dal Legislatore). In tal modo, però, la gestione bancaria si è ritrovata esposta ad un rischio tributario del tutto nuovo, evidentemente non adeguatamente calcolato, che sta originando una rilevante mole di contenzioso.

Appare chiaro, quindi, come i rischi di responsabilità tributaria possano derivare non soltanto dall'interesse all'evasione, ma anche dalla non corretta applicazione di disposizioni che non hanno dato nessun vantaggio al soggetto interessato.

Proprio il settore degli appalti pubblici è stato caratterizzato, nell'ultimo periodo, dal consolidarsi di un nuovo orientamento giurisprudenziale in materia di imputazione dei corrispettivi derivanti da riserve di lavori pubblici. I Giudici della Suprema Corte di Cassazione, in particolare, discostandosi dal proprio precedente orientamento, hanno affermato che tali riserve vadano imputate come ricavi, anche nel caso in cui esse non siano accettate dall'Ente Pubblico, proponendo in tal modo una sorta di interpretazione che scavalca la normativa pubblicistica, ritenendo che l'impresa debba esser tassata anche sulla semplice richiesta di revisione del prezzo dell'appalto. Ebbene, questo nuovo filone giurisprudenziale ha avuto però l'effetto di esporre gran parte delle imprese operanti nel settore ad accertamenti e a contestazioni da parte dell'Amministrazione fiscale.

Rilevo, peraltro, incidentalmente, come le sanzioni previste dal Legislatore tributario siano caratterizzate da una loro dimensione economica particolarmente rilevante. Pensiamo ad esempio, ad una "infedele dichiarazione", la quale è punita con una sanzione amministrativa che varia dal 100 al 200% della maggiore imposta; oppure ad una omessa dichiarazione, per la quale le sanzioni possono arrivare dal 120 al 240% del tributo dovuto. Ovviamente la sanzione va a sommarsi alle somme recuperate a titolo di imposta, cui vanno aggiunti anche gli interessi.

Non si possono, peraltro, non rammentare i rilevanti interventi legislativi volti a rendere più efficace la riscossione tributaria, attraverso l'introduzione di misure a carattere cautelare, ovvero di misure di natura interdittiva: basti solo pensare agli effetti dell'introduzione, nel D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, dell'art. 48bis.

Si pensi, sempre a titolo esemplificativo, all'introduzione nel sistema dei lavori pubblici del nuovo istituto "Reverse Charge", introdotto nella precedente Legge Finanziaria. La *ratio* di tale istituto, il quale stabilisce una cd. "inversione" nel meccanismo applicativo dell'IVA rendendo debitrice dell'imposta l'impresa subappaltante, è essenzialmente quella di contrastare l'evasione fiscale in edilizia, impedendo, nel caso dei subappalti, che il subappaltatore ometta di versare l'IVA incassata dall'impresa subappaltante. In tal modo, tuttavia, il rischio dell'insolvenza del subappaltatore, che prima incombeva sull'erario, viene di fatto scaricato sul soggetto titolare dell'appalto, il quale poi lo trasferisce al subappaltatore. Ebbene, anche a voler prescindere da tutte le rigorose formalità previste dal Legislatore ai fini dell'applicazione dell'istituto, nonché alla sanzione prevista in caso di mancato versamento dell'imposta (100% dell'imposta non versata), deve sottolinearsi come in questo caso l'imposta sul valore aggiunto, imposta tendenzialmente neutrale come prevede il nostro ordinamento, finisca per rappresentare un potenziale costo per l'impresa, aggravato dall'eventuale applicazione della relativa sanzione. Tra l'altro non va sottaciuto come ad una

sanzione tributaria che risulti essere superiore a 51.000 euro consegua una sanzione accessoria consistente nella interdizione per un certo periodo di tempo, fino a tre anni, della possibilità di partecipare ad appalti pubblici. Lo spettro dei rischi tributari è, quindi, sicuramente rilevante.

Gli strumenti tradizionalmente seguiti dal sistema economico al fine di prevenire tali tipologie di rischio sono diversi e, di norma, collegati alle dimensioni dell'impresa. Ad esempio, nelle imprese di dimensione non rilevante, uno dei sistemi adottati è il ricorso all'ausilio della consulenza professionale, ove il professionista, soggetto in grado di poter rappresentare tutte le potenziali situazioni di responsabilità, consente all'imprenditore di poterle prevenire. Il professionista assume quasi la veste di "consigliere" dell'imprenditore. Nelle strutture di dimensione più rilevanti, invece, la struttura di ausilio all'imprenditore è rappresentata in genere da un ufficio fiscale interno, in cui appunto le problematiche fiscali vengono ad essere analizzate.

Leggendo i più recenti orientamenti dell'Amministrazione Finanziaria (si veda in particolare la Circolare del 9 aprile 2009, n. 13/E dell'Agenzia delle Entrate), si nota come si stia, seppur lentamente, facendo strada una nuova concezione del rapporto Fisco – contribuente, il cui fine ultimo è quello di indurre il contribuente allo spontaneo adempimento dei propri doveri fiscali (cd. "Tax Compliance").

In tale ottica, l'Amministrazione Finanziaria dovrebbe impegnarsi per ristabilire i fondamenti del contratto sociale tra cittadino e Stato, in modo che i contribuenti onesti non si sentano discriminati. Ciò dovrebbe avvenire attraverso un sistema improntato al dialogo tra pubblica amministrazione e contribuente, il quale sicuramente avrebbe effetti positivi in tema di prevenzione delle responsabilità tributarie.

L'idea indubbiamente è invitante dal punto di vista del suo contenuto: dubito, tuttavia, che nell'attuale struttura del rapporto tributario, così come si va consolidando, possa approdare a dei risultati positivi. Ciò perché, a fronte della "privatizzazione" della pubblica amministrazione attuata con la nascita delle Agenzie (Decreto Legislativo del 30 luglio 1999, n. 300), ed in particolar modo con la nascita dell'Agenzia delle Entrate, non si è assistito invece ad una crescita dal punto di vista della interpretazione delle responsabilità della pubblica amministrazione tale da seguire questa impostazione. In particolare ancora oggi l'Agenzia delle Entrate rappresenta l'Amministrazione Finanziaria, ovvero sia un avversario, una controparte del contribuente. Ciò è confermato dalla giurisprudenza contabile, ove viene chiamato a rispondere il funzionario che non abbia applicato nel modo più rigoroso, e quindi nell'interesse erariale, una norma tributaria.

A questo punto l'obiettivo della "Tax Compliance" perseguita attraverso una attività di consulenza finalizzata alla prevenzione della responsabilità da parte della pubblica amministrazione, per quanto risulti espressa dalla Circolare citata, dedicata agli indirizzi da seguire nell'attività di accertamento posta in essere nei confronti dei contribuenti di grandi dimensioni, mi lascia sinceramente perplesso.

Una prospettiva di valutazione dei rischi tributari all'interno del nostro sistema economico potrebbe essere rintracciata in quanto la Banca d'Italia ha segnalato come direttiva al sistema bancario, ovvero sia pensare ad una organizzazione interna, strutturata sulla base di moduli organizzativi, di analisi preliminare dei rischi, anche di carattere tributario, che consenta all'imprenditore di poter monitorare periodicamente qual è il livello di rischiosità della propria attività, prevenendo e verificando, in qualche modo, qual è lo standard di applicazione della normativa tributaria.

Tale meccanismo, tuttavia, a mio parere, per raggiungere un livello di efficienza deve presupporre una stabilizzazione del diritto tributario, stabilizzazione che, purtroppo, è ancora lontana.

A tal fine, stiamo tuttavia lavorando per la realizzazione di un sogno che Ezio Vanoni negli anni '40 non riuscì a realizzare: la formazione di un codice tributario. Tanti altri ordinamenti ci sono riusciti: il diritto tributario invece non ha un suo proprio codice, né, tanto meno, principi generali tali da poter consentire il consolidarsi di punti fondamentali tali da guidare anche la prevenzione delle responsabilità tributarie.

Vedremo se in questo esercizio, al quale sto modestamente anch'io partecipando, si potrà arrivare anche alla realizzazione di un altro sogno di quegli anni, consistente nella attribuzione all'Amministrazione Finanziaria di quella che Enrico Allorio chiamava "funzione giustiziale", che consentisse di qualificare l'Amministrazione stessa, in ossequio all'articolo 97 della Costituzione, quale soggetto terzo ed imparziale: in definitiva, una Amministrazione Finanziaria non più portatrice di interessi contrastanti con quelli del contribuente, ma portatrice di un interesse superiore alla applicazione imparziale della legge tributaria.

Con questo auspicio, vi ringrazio.

Giancarlo Coraggio

Bene signori siamo arrivati alla conclusione del convegno. Ringrazio il prof. Tinelli, apprezziamo tutti il suo sogno, che poi tanto sogno non è poiché è l'idea di una buona gestione della cosa pubblica. Il problema è che siamo tutti d'accordo a livello tecnico, non solo nel suo campo ma anche negli altri. Mi chiedo come mai si sia interrotta la comunicazione con la politica; evidentemente, non riusciamo a tradurre queste idee, che ormai noi tutti consideriamo ovvie, tant'è vero che non c'è stato un minimo di polemica fra i vari relatori, in dati normativi.