

04 Set 2018

## Partecipate a «controllo congiunto», necessario l'esperto in valutazione delle performance

di Damiano Colaiacomo e Maurizio Ferri

L'Anac detta le regole per l'applicazione delle norme sulla trasparenza ed anticorruzione nelle società controllate, anche in quelle dove il controllo pubblico è dato da una pluralità di amministrazioni. Sono le cd "società a controllo pubblico congiunto" per le quali una parte della dottrina richiede specifici "patti parasociali espressi". Ma lo scenario sta cambiando sino ad insinuare l'ingresso di esperti in Oiv all'interno degli Organi di Vigilanza.

### Premessa

L'Anac, nelle linee guida per l'attuazione della normativa in materia di anticorruzione da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati delle pubbliche amministrazioni, di cui alla Determinazione n. 1134/2017, si sofferma sul nuovo comma 8 bis dell'articolo 1, L. 190/2012.

Si legge che la disposizione *"attribuisce agli Oiv la funzione di attestazione degli obblighi di pubblicazione, di ricezione delle segnalazioni aventi ad oggetto i casi di mancato o ritardato adempimento agli obblighi di pubblicazione da parte del Rpct, nonché il compito di verificare la coerenza tra gli obiettivi assegnati, gli atti di programmazione strategico-gestionale e di performance e quelli connessi all'anticorruzione e alla trasparenza e il potere di richiedere informazioni al Rpct ed effettuare audizioni di dipendenti"*. Sino a questa parte dell'indicazione dell'Anac nulla di sconvolgente viene offerto al lettore. Decisamente più controversa è la seconda parte del suggerimento dell'Agenzia dove si afferma che: *"La definizione dei nuovi compiti di controllo degli Oiv nel sistema di prevenzione della corruzione e della trasparenza induce a ritenere che, anche nelle società, occorra individuare il soggetto più idoneo allo svolgimento delle medesime funzioni. A tal fine ad avviso dell'Autorità, ogni società attribuisce, sulla base di proprie valutazioni di tipo organizzativo, tali compiti all'Organo interno di controllo reputato più idoneo ovvero all'Organismo di Vigilanza (OdV) (o altro organo a cui siano eventualmente attribuite le relative funzioni), i cui riferimenti devono essere indicati chiaramente nel sito web all'interno della sezione "Società Trasparente" (Anac. Nuove linee guida)*

Non siamo i soli ad avere delle difficoltà nell'individuazione dell'Organismo con funzioni analoghe all'Oiv all'interno di una società controllata ovvero partecipata. Difficoltà estranee all'Anac che, come si legge, indica una duplice soluzione: l'ufficio di controllo interno, ovvero l'Organismo di Vigilanza ex Dlgs n. 231/2001. Ci si permette di avere forti perplessità sulle soluzioni offerte, salvo, come si dirà, alcuni correttivi che la società potrebbe introdurre nella propria organizzazione.

Questione ancor più complessa si palesa per quelle amministrazioni che, da sole, non hanno quei poteri di controllo tali da poter dirigere l'azione della società privata della quale fanno parte. Andando per ordine, si può partire da quest'ultima problematica.

### **Il controllo congiunto**

Partiamo dal dato letterale. Così si esprime l'Anac: “*Rientrano fra le società a controllo pubbliche anche quelle a controllo congiunto, ossia società in cui il controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile è esercitato da una pluralità di amministrazioni*”.

Nel panorama dottrinale è presente l'opinione secondo la quale, con riferimento al diritto societario, la formulazione dell'articolo. 2359 cc sembra far riferimento ad una unica società controllante. Da qui l'assunto che la norma non contemplasse anche l'ipotesi di controllo congiunto che si manifesta quando nessuna società disponga, singolarmente, di una posizione di dominio (da qui l'idea, in questo contesto, della necessità di accordi tra partecipazioni pubbliche di minoranza).

La normativa attuale dissipa ogni dubbio nell'annoverare tali società tra quelle in “controllo pubblico” preso atto che, è un dato rinvenibile nell'osservazione del fenomeno, l'intervento pubblico spesso non si manifesta per il tramite di una sola amministrazione, ma si realizza attraverso la presenza di una pluralità di enti con partecipazioni singolarmente non confluenti nelle ipotesi di cui all'articolo 2359 Cc ma che, unitariamente, rappresentano la maggioranza delle quote sociali. Il Dlgs n. 175/2016 ha disposto, alle lettere b) e m) dell'articolo 2, la possibilità che più amministrazioni esercitino poteri di controllo ai sensi del citato articolo 2359 Cc, cristallizzando, così, normativamente, l'istituto del controllo pubblico congiunto e ampliando, conseguentemente, l'ambito applicativo della norma civilistica.

La problematica da affrontarsi successivamente è quella legata alla necessaria formalizzazione o meno di tale controllo. E qui appaiono due teorie: a) necessità, al fine di ricondurre le dette società nell'ambito del controllo pubblico, di accordi tra le amministrazioni partecipanti alla compagine (confluenti in patti parasociali ovvero nello Statuto, Cfr. Corte Conti del. 180/2017 VSGO, sez. controlla. Emilia Romagna); b) sufficienza della mera constatazione di accordi taciti ovvero comportamenti paralleli.

Al di là delle teorie sopra esposte, due elementi sembrano emergere con chiarezza: 1) la mera titolarità pubblica della maggioranza del capitale sociale non basta per definire una società come in controllo pubblico; 2) che si tratti di società controllate, ovvero solo “partecipate” da amministrazioni pubbliche, su queste ultime grava un obbligo di vigilanza al fine dell'applicazione, almeno, delle norme sulla “trasparenza” e sulla “raccomandata” adozione delle norme contenute nel Dlgs n. 231/2001. In sintesi, si impone oggi una attenta analisi sulle situazioni concrete che portano al “controllo pubblico”, e per non incorrere in sanzioni, bisogna adempiere alle indicazioni normative e amministrative in materia di trasparenza e qui nasce la problematica che in queste pagine si affronta suggerendo, al contempo, una soluzione.

### **L'Organo di Vigilanza non può essere confuso con altri organismi aziendali**

Nei primi anni di vigenza del Dlgs n. 231/2001 le associazioni di categoria ritenevano inopportuno che l'OdV coincidesse con una delle strutture interne gerarchicamente inquadrate. Se ne escludeva, così, la possibile coincidenza con il collegio sindacale. Quest'ultimo, infatti, è pur sempre organo “internalizzato ma di origine esterna” dotato di competenze di controllo in merito alle scelte di politica aziendale assunte dal vertice, dal raggio troppo ampio ed anche eccessivamente invasivo rispetto alle funzioni che deve svolgere l'OdV. Forse più adatto sarebbe stato l'ufficio di controllo interno o *internal auditing*. Scelte legislative successive andarono in senso opposto.. Autorevole dottrina criticava la somma di compiti e responsabilità in capo all'OdV ritenendo che sia la lettera che lo spirito del d.lgs. n. 231/2001 volessero evitare pericolose confusioni di ruoli con altri organismi interni di gestione e controllo.

Anche l'idea di far coincidere l'Organismo di Vigilanza con l'*internal auditing* non era, come non è, esente da critiche condivisibili. Mentre l'OdV ha poteri e doveri di supervisione preventiva indiretta, l'*internal auditing* esplica forma di intervento diretto sugli atti del *management*.

D'altro canto, è indiscutibile che l'Organismo di Vigilanza non si possa confondere con altre tipologie di responsabilità all'interno della società tra le quali, il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, previsto dal Dlgs n. 81/2008 e, soprattutto, è la stessa Anac che “in

ragione delle diverse funzioni attribuite al Responsabile Prevenzione della Corruzione e Trasparenza e all'Organismo di Valutazione dalla rispettive normative di riferimento, nonché in relazione alle diverse finalità delle citate normative, si ritiene necessario escludere che il RPCT possa far parte dell'OdV, anche nel caso in cui questo sia collegiale" (Anac, Nuove Linee Guida). Tanto più sembra il caso di negare la sovrapposibilità, nel sistema italiano, fra "organismo di vigilanza" e "organo di revisione interna".

Ebbene, a parere di chi scrive, l'OdV non può nemmeno confondersi con l'Oiv per le ragioni che di seguito si descrivono.

### **Mancata sovrapposizione tra Organismo di Valutazione e l'Organismo Indipendente di Valutazione**

È stato già sottolineato che l'Anac impone alle società, sulla base di proprie valutazioni di tipo organizzativo, di attribuire i compiti propri dell'Oiv all'organismo interno di controllo ovvero all'OdV (ovvero ad altro organo a cui siano eventualmente attribuite le relative funzioni).

Ebbene, si consenta di nutrire forti perplessità sulla indicazione dettata dall'Autorità per una serie di ragioni oggettive, ad iniziare dalla procedura di nomina dei componenti di tale organismo.

Nel nominare l'OdV il vertice della società è sostanzialmente libero per optare per una scelta discrezionale, anche di carattere fiduciario, avendo l'accortezza di scegliere tra coloro che possiedano competenze aziendalistiche, conoscenze della materia del diritto penale ovvero ingegneristiche. Tra l'altro il vertice dovrebbe essere rappresentato dal "Presidente" e crea qualche perplessità il fatto che in alcune occasioni questi coincida con il Direttore Generale (nomine ritenute legittime dall'Anac come nel caso Atac).

Nel nominare l'Oiv le Amministrazioni debbono attingere dall'Elenco Nazionale istituito con Dm 2 dicembre 2016. La nomina spetta sempre al vertice dell'Amministrazione, ma a seguito di procedura comparativa dei Curriculum Vitae ed in rapporto alle dimensioni dell'Ente viene ristretta la capacità di scelta in determinate fasce di merito nelle quali l'Elenco si struttura. I componenti possono essere nominati per non più di due mandati, di durata triennale.

Proseguendo. I componenti dell'Oiv sono obbligati ad un aggiornamento professionale sui temi della valutazione, a pena di estromissione dall'Elenco. Questi devono possedere competenze in valutazione delle performance organizzativa ed individuale, nella pianificazione e controllo di gestione, programmazione finanziaria e di bilancio e, non ultimo, nel *risk management*.

Ancora. La finalità dell'OdV è quella di completare il "Modello 231" nel prevenire i reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società. Ma una precisazione è d'obbligo. *L'Anac afferma che "il comma 2 bis dell'art. 1 della legge. 190/2012, introdotto dal Dlgs 97/2016, ha reso obbligatoria l'adozione delle misure integrative del Modello 231, ma non ha reso obbligatoria l'adozione del modello medesimo...tale adozione...è però fortemente raccomandata"*. Quindi risulta un Organo facoltativo. Mentre l'Oiv è obbligatorio ex Dlgs 150/2009 e le finalità sono molteplici: trasparenza, anticorruzione, valutazione della performance, organizzativa ed individuale.

Soffermandosi su quest'ultima attività non può tacersi che, in senso ampio, la "*performance*" sta entrando in ogni aspetto della vita societaria. Così, nei concorsi pubblici la Circolare Madia indica di valutare la performance individuale dei partecipanti, ovvero, nei piani industriali viene richiesto di valutare la performance "organizzativa" societaria (anche in questo caso si può far riferimento al caso "Atac" per quanto affermato dall'autorità per la concorrenza in materia di proroga dell'affidamento in house in essere).

In sintesi, si ampliano le applicazioni della valutazione della performance, così si ampliano le competenze e le responsabilità di coloro che la debbono misurare e renderne conto.

Per queste ragioni l'OdV non può sostituirsi o sovrapporsi all'Oiv.

### **Proposte e conclusioni**

Negli ultimi anni si è registrato un proliferare di Albi, Elenchi e Banche dati rese obbligatorie per accedere a determinati incarichi ovvero svolgere determinate funzioni. Oltre al già citato Elenco

nazionale Oiv si possono citare, senza alcuna presunzione di esaustività: Elenco degli Esperti della Pa; Albo per i Direttori Generali del Ssn; il nascente Albo dei Commissari di Gara per le procedure di appalto.

Per l'accesso ad ognuno di essi l'Amministrazione Pubblica prevede specifiche procedure, tutte da svolgere per via telematica attraverso applicazioni software dedicate, con relativo dispendio di risorse pubbliche. Sarebbe il caso di dire basta!

Lungi da noi la proposta di costituire un nuovo, ennesimo ed inutile Elenco di esperti per gli Organismi di Vigilanza delle società ex Modello 231! Al contrario si chiede di razionalizzare.

Si propone di scegliere uno o tutti i componenti dell'Organismo di Vigilanza all'interno dell'Elenco degli Oiv, già perfettamente funzionante, ed ampliando a tutto l'Organismo l'obbligo della procedura comparativa di selezione, il limite ai mandati che possono essere espletati oltre che, ovviamente, ad un aggiornamento professionale obbligatorio.

In questo modo l'Organismo, così selezionato, corrisponderebbe compiutamente alle indicazioni dell'Anac di individuare, all'interno della compagine societaria, l'organismo con funzioni analoghe all'Oiv.

Senza irragionevolmente ampliare la schizofrenica evoluzione normativa ed amministrativa di questi anni.

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved