











































































































































































































































































































































































































è integrato a prescindere dall'effettiva realizzazione dell'alterazione della modalità di scelta del contraente, specificamente perseguita. Per tale ragione si esclude la configurabilità del tentativo<sup>16</sup>.

Secondo l'orientamento prevalente, le condotte di cui all'art. 353 (le stesse tra l'altro, dell'art. 353-bis) sarebbero suscettibili di attuazione già prima dell'avvio della procedura di gara, con la conseguenza che il legislatore avrebbe creato una sorta di doppione in quanto il delitto di turbata libertà degli incanti potrebbe configurarsi anche durante il "pre-confezionamento" del bando<sup>17</sup>.

L'area di operatività della norma tuttavia si limita alla modalità di scelta del contraente per cui si interrompe al momento in cui viene emanato il bando di gara. Oltre detto confine, si applica l'art. 353 c.p. con la conseguenza che esulano dall'ambito applicativo dell'art. 353-bis, sia l'impedimento della gara, sia l'allontanamento degli offerenti<sup>18</sup>.

Tra le due fattispecie sussistono differenze fondamentali, nonostante le condotte siano identiche. In primo luogo si differenziano per l'elemento soggettivo essendo richiesto dall'art. 353-bis il dolo specifico di condizionare la scelta del contraente, non presente nella precedente disposizione.

<sup>16</sup> GAROFOLI, Manuale cit., p. 437; contrario MARCONI, Delitti cit., p. 322, il quale osserva che la consumazione coincide con l'alterazione del procedimento di indizione della gara. Da ciò consegue che il tentativo è configurabile in quanto può verificarsi l'eventualità che l'alterazione del bando, nonostante le condotte illecite poste in essere, non venga emanato per la ferma resistenza opposta dalla P.A.; sulla stessa linea CONSULICH, Delitti a tutela cit., p. 681, il quale ritiene consumato il delitto nel momento e nel luogo in cui viene alterato il procedimento; in giurisprudenza, Cassazione, sez. VI, 24 giugno 2013, n. 27719 secondo cui "il reato di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p. - a differenza della fattispecie prevista dall'art. 353-bis c.p. - non è configurabile, neanche nella forma del tentativo, prima che la procedura di gara abbia avuto inizio, ossia prima che il relativo bando sia stato pubblicato, dovendosi ritenere carente in tale situazione il presupposto oggettivo per la realizzazione delle condotte previste dalla norma incriminatrice". Va inoltre ricordato che l'art. 80, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 50/2016, pone tra i motivi di esclusione di un operatore economico dalla procedura di appalto, la commissione dei delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. nonché all'art. 2635 c.c.

<sup>17</sup> GAROFOLI, Manuale cit., p. 437; MARCONI, Delitti cit., p. 320, osservando che la condotta deve concretizzarsi in una alterazione del procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, chiarisce che l'evento lesivo deve ricadere sulla fase d'iniziativa dell'iter procedimentale e cioè sulla cd indizione della gara ed in particolare che il bando subisca una vera e propria manipolazione per effetto delle condotte del soggetto attivo; CONSULICH, Delitti a tutela, p. 682, parla di fattispecie sussidiaria rispetto alle incriminazioni più gravi.

<sup>18</sup> MARCONI, Delitti op. cit., p. 321.

































































- se invece l'euro digitale è messo a disposizione delle famiglie e degli altri soggetti privati, anche in questo caso la base giuridica sarebbe l'art. 127 TFUE, comma 2, in combinato disposto però con l'art. 17 dello Statuto del SEBC<sup>19</sup>; la BCE e le banche centrali nazionali potrebbero aprire conti intestati a enti creditizi o altri operatori del mercato e accettare come garanzia attività ivi compresi i titoli scritturali – vedi titoli di credito;
- se l'euro digitale ha come obiettivo l'essere mezzo di regolamento per tipi specifici di pagamento, elaborato da una infrastruttura di pagamento dedicata accessibile solo ai partecipanti idonei, la base giuridica più opportuna per la sua emissione sarebbe l'art. 128 TFUE combinato con la prima frase dell'art. 16 dello Statuto del SEBC;
- se l'euro digitale dovesse essere strutturato come strumento equivalente ad una banconota, e questa sembra l'ipotesi che il Report implicitamente caldeggia, la base giuridica per consentire la sua emissione sarebbe l'art. 128 TFUE «1. La Banca centrale europea ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote in euro all'interno dell'Unione. La Banca centrale europea e le banche centrali nazionali possono emettere banconote. Le banconote emesse dalla Banca centrale europea e dalle banche centrali nazionali costituiscono le uniche banconote aventi corso legale nell'Unione»; tutto ciò in correlazione con l'art. 16 dello Statuto del SEBC<sup>20</sup>, dove si legge che il Consiglio direttivo ha il diritto esclusivo di autorizzare le emissioni di banconote in

*esso ritenga appropriato, nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 2. Se tali strumenti impongono obblighi a terzi il Consiglio ne definisce la portata secondo la procedura prevista all'articolo 41.*

<sup>19</sup> Articolo 17 SEBC, *Conti presso la BCE e le banche centrali nazionali. Al fine di svolgere le loro operazioni, la BCE e le banche centrali nazionali possono aprire conti intestati a enti creditizi, organismi pubblici e altri operatori del mercato e accettare come garanzia attività, ivi compresi i titoli scritturali.*

<sup>20</sup> Articolo 16 SEBC. *Conti presso la BCE e le banche centrali nazionali. Conformemente all'articolo 128, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il Consiglio direttivo ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote in euro all'interno dell'Unione.*

euro all'interno dell'Unione; questo da un punto di vista della funzione principe della BCE contenuta nel Trattato. Per tale via sarà necessario, per rendere l'euro digitale moneta avente corso legale, un atto derivato adottato sul modello dell'art. 133 TFUE<sup>21</sup> per disciplinarne le condizioni.

Come rileva il Report al punto 4, il diritto primario introduce il concetto di moneta avente corso legale senza approfondirne la portata e gli effetti giuridici. Sebbene nei trattati risulti che le banconote in euro emesse dall'euro sistema siano le uniche banconote a godere dello status di moneta a corso legale, né il TFUE né lo Statuto del SEBC escludono esplicitamente la possibilità di immettere, nell'euro Sistema, altre banconote anch'esse aventi corso legale. Pertanto l'emissione di banconote in euro comprende il diritto di emissione di euro aventi un diverso formato o support. Se l'euro digitale deve essere "trattato" come un'euro cartaceo, la competenza sarebbe esclusiva della BCE, ex art. 128 TFUE<sup>22</sup>.

In verità nonostante le ipotesi sopra richiamate, nel Report emerge una scelta di fondo ovvero l'equipollenza dell'euro digitale rispetto alla banconota cartacea, posto che il diritto primario dell'Unione non esclude (nel silenzio delle disposizioni compreso l'art. 128 TFUE sopra richiamato) la possibilità di emettere un euro digitale avente corso legale, anzi è questa la caratteristica precipua dell'euro

<sup>21</sup> Articolo 133: *Fatte salve le attribuzioni della Banca centrale europea, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per l'utilizzo dell'euro come moneta unica. Tali misure sono adottate previa consultazione della Banca centrale europea.*

<sup>22</sup> Art. 128 TFUE: 1. La Banca centrale europea ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote in euro all'interno dell'Unione. La Banca centrale europea e le banche centrali nazionali possono emettere banconote. Le banconote emesse dalla Banca centrale europea e dalle banche centrali nazionali costituiscono le uniche banconote aventi corso legale nell'Unione. 2. Gli Stati membri possono coniare monete metalliche in euro con l'approvazione della Banca centrale europea per quanto riguarda il volume del conio. Il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea, può adottare misure per armonizzare le denominazioni e le specificazioni tecniche di tutte le monete metalliche destinate alla circolazione, nella misura necessaria per agevolare la loro circolazione nell'Unione.

digitale rispetto a tutte le altre valute digitali, godendo la banca centrale di un ampio potere discrezionale sul punto.

L'euro digitale è una sfida di grande portata che coinvolge tutti i Paesi dell'euro zona (o che almeno in prima battuta riguarderebbe l'euro zona ma che esplicherebbe effetti anche al di fuori dei Paesi dell'euro) e che vede la partecipazione anche dell'Italia grazie al contributo del prof. Panetta che è tra coloro che hanno stilato il Report stesso.

Ci si può chiedere perché, proprio in questo momento, si sia proposta una moneta digitale nell'euro zona: i fattori sono molteplici, certo a spianare la strada verso la moneta digitale vi è innanzi tutto l'aumento di pagamenti elettronici a discapito dell'utilizzo del contante; si tratta di un fenomeno che piano piano anche in Italia è esploso con la progressiva digitalizzazione delle transazioni e che trova riscontro quotidianamente nelle modalità dei pagamenti<sup>23</sup>. In definitiva si deve prendere atto dell'espansione dei c.d. "pagamenti elettronici", come sottolinea lo stesso Report e, in quest'ottica e sulla scia di questo dato, il Consiglio direttivo della BCE ha deciso di portare avanti i lavori sulla possibile emissione dell'euro digitale: un euro digitale che non si sostituirebbe al contante ma che lo affiancherebbe avendo tuttavia come elemento positivo un sistema di pagamento europeo più innovativo, competitivo e resiliente.

Il Report non giunge a conclusioni su questioni pur dirimenti quali i costi di esercizio o il recupero dei costi di un euro digitale, si legge soltanto che qualsiasi potenziale soluzione deve soddisfare precisi requisiti tra cui la sicurezza, l'efficienza e la protezione della privacy nel rispetto della legislazione attualmente in vigore, dovendo

<sup>23</sup> Si veda in tal senso l'Osservatorio *Innovative Payments* del Politecnico di Milano, dal quale si desume che nel 2019 i pagamenti digitali in Italia, pur rimanendo fanalino di coda in Europa, sono comunque aumentati dell'11%.

altresì tener conto delle norme sul riciclaggio del denaro e sul finanziamento del terrorismo. Per ciò che attiene la tutela della privacy occorre far riferimento all'art. 22 del Regolamento 2016/679<sup>24</sup> il quale stabilisce che «l'interessato ha diritto di non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione [<sup>25</sup>] che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incidono in modo analogo significativamente sulla sua persona». La dottrina prevalente in un primo momento ascriveva il diritto alla privacy in una concezione per così dire "proprietaria" in quanto si presentava come diritto alla riservatezza e alla tutela della propria identità personale; tuttavia, a partire dagli anni ottanta le esigenze di tutela vengono a mutare, ciò in quanto i soggetti erano costretti in molti campi a disvelarsi e il diritto della privacy veniva a proiettarsi in una dimensione sociale, concetto questo che trova conferma nel Considerando n. 4 del Regolamento sulla Privacy n. 679/2016, il quale così si esprime «Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerata alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità...». Tale dimensione era connotata

<sup>24</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, ove nel Considerando n. 6 si legge «La rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che le riguardano. La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali».

<sup>25</sup> Per profilazione s'intende «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistenti nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi di affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica», ex art. 4, Regolamento 2016/679. R. De Meo, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, p. 587.

dall'intensità delle contrattazioni di mercato nonché dal modo in cui il mercato stesso produce un autonomo bisogno d'informazioni. Il diritto alla riservatezza, in questo specifico contesto si riduce ad operare, per la forza del mercato, in quegli spazi nei quali il dato personale cessa di essere utile all'economia ma deve cedere di fronte all'obbligo d'informare e al contestuale diritto di essere «...informati che sorge in capo a chi possiede comunque un ruolo nell'economia dell'affare (la controparte, il mediatore, l'agente, la banca ecc.)»<sup>26</sup>. Di conseguenza, sempre secondo il Regolamento sopra citato all'art. 6, il consenso dell'interessato da presupposto necessario di legittimità di trattamento dei dati è divenuto uno dei possibili presupposti di liceità del trattamento dei dati stessi<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> C. Camardi, *Mercato delle informazioni e privacy: riflessioni generali sulla legge n. 675/1996*, in *Eur. Dir. priv.*, 1998, p. 1054. F. Pizzetti, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2018, pp. 37, ss.

<sup>27</sup> Regolamento n. 679/2016 - Articolo 6 - *Liceità del trattamento* 1. Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore. La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti. 2. Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento con riguardo al trattamento, in conformità del paragrafo 1, lettere c) ed e), determinando con maggiore precisione requisiti specifici per il trattamento e altre misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto anche per le altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX. 3. La base su cui si fonda il trattamento dei dati di cui al paragrafo 1, lettere c) ed e), deve essere stabilita: a) dal diritto dell'Unione; o b) dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento. La finalità del trattamento è determinata in tale base giuridica o, per quanto riguarda il trattamento di cui al paragrafo 1, lettera e), è necessaria per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. Tale base giuridica potrebbe contenere disposizioni specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento, tra cui: le condizioni generali relative alla liceità del trattamento da parte del titolare del trattamento; le tipologie di dati oggetto del trattamento; gli interessati; i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali e le finalità per cui sono comunicati; le limitazioni della finalità, i periodi di L 119/36 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 4.5.2016 conservazione e le operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto, quali quelle per altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX. Il diritto dell'Unione o degli Stati membri persegue un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito. 4. Laddove il trattamento per una finalità diversa da quella per la quale i dati personali sono stati raccolti non sia basato sul consenso dell'interessato o su un atto legislativo dell'Unione o degli Stati membri che costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per la salvaguardia degli obiettivi di cui all'articolo 23, paragrafo 1, al fine di verificare se il trattamento per un'altra finalità sia compatibile con la finalità per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti, il titolare del trattamento tiene conto, tra l'altro: a) di ogni nesso tra le finalità per cui i dati personali sono stati raccolti e le finalità dell'ulteriore

Le risposte alla survey non si sono fatte attendere: in Italia l'ABI ha dato via libera all'euro digitale, purché la stabilità monetaria e il pieno rispetto della cornice regolamentare europea siano preservati in via prioritaria. Una moneta digitale programmabile rappresenta un'innovazione nel campo finanziario in grado di rivoluzionare profondamente il denaro e gli scambi apportando miglioramenti significativi soprattutto per quanto attiene l'efficienza dei processi attivi e di gestione, così come la CBDC sarebbe lo strumento che concilia la necessità d'innovazione e l'“interoperabilità” con il mondo analogico. Il ruolo della banca centrale resta cruciale, sottolinea l'ABI, nel senso che rappresenta lo strumento che più di ogni altro può conciliare l'esigenza d'innovazione, in coerenza con l'attuale quadro di riferimento di regole e strumenti esistenti. L'adozione dell'euro digitale porterebbe al contempo a ridurre l'attrattività di strumenti di uso compatibile ma emessi da soggetti privati o non identificabili, caratterizzati da un profilo di rischio intrinsecamente elevato. Alcuni vantaggi della CBDC includono la liquidazione di transazioni peer to peer transfrontaliere, l'attenuazione dei tassi d'interesse e le transazioni machine to machine che diventerebbero molto più facili.

Come osserva Sgroi<sup>28</sup>, rimangono aperte le questioni puramente tecniche che poi finiscono sempre per divenire politiche, essendo la moneta un bene pubblico. Paradossalmente l'euro digitale “può avere troppo successo”; se non venisse progettato bene, la sua maggiore forza, sicurezza e liquidità potrebbero sortire effetti sulla

*trattamento previsto; b) del contesto in cui i dati personali sono stati raccolti, in particolare relativamente alla relazione tra l'interessato e il titolare del trattamento; c) della natura dei dati personali, specialmente se siano trattate categorie particolari di dati personali ai sensi dell'articolo 9, oppure se siano trattati dati relativi a condanne penali e a reati ai sensi dell'articolo 10; d) delle possibili conseguenze dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati; e) dell'esistenza di garanzie adeguate, che possono comprendere la cifratura o la pseudonimizzazione.*

<sup>28</sup> M. Sgroi, *L'euro digitale si farà*, in [www.ilfoglioedellaricerca.it](http://www.ilfoglioedellaricerca.it), 01 marzo 2021.

stabilità finanziaria e monetaria. Una moneta digitale emessa dalla banca centrale può facilmente spiazzare il denaro di origine bancaria, tipicamente quello dei depositi, proprio come una banconota; specie in tempi di crisi ha più successo di un investimento finanziario di un deposito bancario in quanto l'istinto di "tesaurizzazione" può trovare di che alimentarsi facilmente e a buon mercato con le banconote digitali, che non richiedono neanche particolari accorgimenti per essere custodite, a differenza di quanto accade oggi per le banconote, avendo a disposizione un wallet magari custodito presso la banca centrale e non richiedendo l'essere correntista. Questo rappresenta uno dei problemi che il Report ha posto in evidenza: onde evitare il fenomeno sopra descritto, si sostiene di dover progettare l'euro digitale imponendo un limite massimo che ogni persona può conservare. E' probabile che non sarà la banca centrale a gestire l'euro digitale ma com'è emerso a Basilea 2020, si è ritenuto più opportuno che la stessa sia supportata dagli intermediari finanziari.

Infine occorre osservare che, si è conclusa con un numero record di feedback da parte del pubblico, la consultazione della BCE sulla possibile adozione dell'euro digitale. Come si legge sulla stampa le risposte sono state oltre ottomila il che dimostra l'interesse verso il tema in oggetto. I cittadini europei hanno condizionato tale adozione con la necessità che l'euro digitale sia rispettoso della privacy, della sicurezza e della copertura a livello paneuropeo.

Sul piano politico viene ribadito che «L'euro appartiene ai cittadini europei e la nostra missione è esserne i custodi - ha dichiarato la Presidente della BCE Christine Lagarde - I cittadini europei stanno ricorrendo sempre più alla tecnologia digitale nei loro comportamenti di spesa, di risparmio e investimento. Il nostro ruolo è mantenere la fiducia nella moneta assicurando anche che l'euro sia

pronto ad affrontare l'era digitale. Dovremmo essere preparati all'emissione di un euro digitale qualora ce ne fosse bisogno».

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

# Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2021 - Anno XLII

## **DUE DILIGENCE – UNA ESPERIENZA PRIVATISTICA NEL SETTORE PUBBLICO**

della Dott.ssa Federica Collaretti.

### Due diligence

La due diligence rappresenta un'attività organizzata che, attraverso un processo lungo e complesso, consente di avere un'approfondita analisi e la raccolta di tutte le informazioni necessarie per i diversi obiettivi prefissati, da parte di un professionista, di una società (target).

Ogni intervento di due diligence non è predeterminato, è unico, diverso e dipende dagli scopi per cui l'attività di analisi viene posta in essere, dalle aree da verificare e da chi lo richiede.

Nella prassi aziendale, nell'attuale contesto economico italiano e internazionale, è un utile strumento di verifica delle varie aree oggetto di indagine che devono essere esaminate in varie operazioni societarie. E' infatti, un'attività che ricorre principalmente in occasione di acquisizioni e operazioni straordinarie di impresa con relative valutazioni economiche – finanziarie e patrimoniali del soggetto giuridico preso in considerazione, in modo da ottenere, con un report finale una descrizione particolareggiata della realtà in

esame evidenziando i punti di forza, di debolezza e i correlati rischi connessi con le operazioni suddette.

Nei casi più ricorrenti di acquisizione o di una fusione, le aree di indagine oltre a quella contabile, sono spesso estese a quelle legali, fiscali, giuslavoristiche, ambientali ecc.. (full due diligence).

Al contrario quando le aree e gli obiettivi sono limitati, come per esempio l'analisi della sola area fiscale o legale (limited due diligence), la verifica si focalizzerà alle aree di rischio relative, al contenzioso fiscale e legale, ai contratti, all'individuazione delle loro eventuali passività effettive e potenziali.

Si è assistito ad una notevole crescita nella richiesta di due diligence negli ultimi anni nel settore privato, sia per l'incremento delle operazioni straordinarie da parte di investitori stranieri, ma soprattutto perché si ha avuto la necessità di ottenere idonee garanzie sui rischi effettivi e potenziali esistenti presso le realtà esaminate.

#### Obiettivi e procedimento

Pensiamo ad un'operazione di acquisizione di una società (target) con una due diligence richiesta da un potenziale acquirente.

Tale analisi, critica e soprattutto indipendente da parte di terzi advisor, evidenzia i punti di forza e di debolezza della società, ne indica i rischi e le garanzie necessarie per la definizione dell'operazione di acquisizione che, per essere conveniente, deve consentire all'acquirente di creare valore oppure di sviluppare quello già potenzialmente esistente, che non è stato ancora espresso del tutto.

In questa visione la due diligence assume grande importanza come strumento indispensabile per intraprendere un'operazione di acquisizione, che si possa tradurre in una decisione strategica vincente di lungo periodo.

L'attività si esplicita in un'analisi approfondita di tutti gli elementi caratteristici dell'operazione e permette al compratore di avere tutte le informazioni necessarie per verificare la validità dell'investimento nel rispetto degli obiettivi e i criteri strategici che hanno motivato l'acquirente potenziale ad interessarsi alla società target.

Pertanto è essenziale per l'advisor conoscere le motivazioni e gli obiettivi che stanno alla base dell'acquisizione, al fine di raccogliere e analizzare i dati specifici e considerare la quantità di rischi derivati dalla crescente complessità negli ambiti legali, fiscali e contabili concernenti l'attività societaria.

Infatti, la necessità di idonee garanzie sia su rischi effettivi che potenziali esistenti, presso le società target, richiede un'analisi approfondita al fine di identificare ipotetici eventi che potrebbero derivare da una acquisizione o da una operazione straordinaria. Tali rischi possono essere causati da una errata rappresentazione dei dati, a frodi, a passività fiscali o legali nascoste, a rischi ambientali, ecc.. In questo caso, sarebbe opportuno prevedere l'utilizzo di più sofisticate clausole di garanzia che consentono una totale tutela del compratore sotto l'aspetto patrimoniale e reddituale, al di là delle convenzionali garanzie a carico del venditore in caso di inadempienze contrattuali o risoluzione per danni. Le garanzie possono riguardare ad esempio, il volume di affari annuo della società target e le previsioni reddituali future quando questi elementi sono utilizzati come criteri nella determinazione del prezzo di acquisto.

I rilievi che emergono da questa attività devono essere comunicati al cliente prima della consegna del report finale, per ottenere quindi, in fase di negoziazione, una riduzione del prezzo o garanzie aggiuntive da parte del venditore, in modo tale da coprire l'eventuale manifestazione dell'evento rischio.

La due diligence verrà poi perfezionata sulla base delle richieste del cliente.

Gli obiettivi più frequenti per il compratore possono essere:

- verificare che il business sia conforme a quello prospettato dal venditore;
- verificare che l'investimento soddisfi i parametri dell'investitore;
- identificare le diverse opportunità presenti e prospettiche nella società;
- controllare l'assunzione di rischi;
- proteggere documenti e informazioni;
- verificare la capacità del business di autofinanziarsi.

### Fasi

La due diligence è un'attività con un processo complesso, richiede risorse umane (advisor) specializzate che, attraverso una pianificazione di indagine, possano suggerire al proprio cliente le opportune strategie da intraprendere e come comportarsi nell'eventuale decisione di acquisire un nuovo business. Tale attività deve essere suddivisa in fasi ben precise che devono essere completate nel corso dell'intervento.

Dopo la preparazione dell'intervento, la sua pianificazione e l'individuazione delle aree di indagine, la fase operativa di due diligence consiste nella raccolta di informazioni sulla società target e all'analisi delle stesse.

In questa fase l'advisor deve cercare di ottenere più informazioni possibili attraverso interviste al management, l'uso di tecniche di revisione approfondite, analisi di budget e business plan, bilanci, relazioni, certificazioni, verbali dei consigli di amministrazione e degli altri libri sociali e colloqui con consulenti legali e fiscali.

Il grado di cooperazione del venditore e del management della società target è un elemento basilare per la buona riuscita di un intervento di full due diligence. Eventuali limitazioni nella raccolta delle informazioni devono essere prontamente segnalate.

Per quanto tutti i dati contenuti nel resoconto fornito dal venditore potrebbero essere veritieri, è evidente l'importanza di accertarne la bontà poichè sicuramente, tali informazioni sono strutturate in modo da far apparire l'impresa migliore rispetto a quella che è realmente.

Va precisato, naturalmente, che la verifica non mette in evidenza solo fattori negativi, ma può far emergere nuove opportunità all'acquirente che potrebbero essere allo stato latente ed ancora inesprese dalla società target.

### Analisi

Una volta raccolte le informazioni si procede al loro esame: si individuano quelle più rilevanti e si approfondiscono, in base alle specifiche richieste del cliente e agli obiettivi da questo perseguiti. L'analisi e la valutazione razionale del business sono garantite solo da un approccio neutrale e libero da ogni pregiudizio. Nell'intervento di due diligence occorre dare precedenza agli aspetti che si verificano frequentemente rispetto ad accadimenti isolati.

Le aree oggetto di approfondimento da parte degli advisor sono normalmente le seguenti:

- 1) area business: l'analisi si concentra sul prodotto e sul mercato
- 2) struttura della società: si basa sull'analisi di organigrammi, management information, cultura manageriale e aziendale, ambiente, etc.

In queste aree, e in particolare, nel caso di acquisizione realizzata in un settore diverso da quello in cui opera l'azienda acquirente, è opportuno verificare le politiche e i know-how del management al fine di capire una loro possibile integrazione .

Se invece l'acquisizione venisse fatta al fine di ampliare il proprio business ma rimanendo sempre nello stesso settore, sarebbe necessario verificare essenzialmente che la struttura e la gestione

della società da acquisire sia in linea con quella della società acquirente e non necessiti di eccessivi costi di adattamento;

- 3) struttura del capitale
- 4) organizzazione
- 5) personale: struttura gerarchica, motivazione del personale, etc.
- 6) posizione finanziaria: analisi dei flussi di cassa, tipologia di investimento, metodologia di raccolta etc..
- 7) contabilità e bilancio: dovranno essere chiari i criteri di predisposizione delle informazioni finanziarie fornite, sia correnti che storiche, per dare un giudizio di attendibilità e di uniformità sulla base dei principi contabili di riferimento. L'analisi di questa area consisterà in una revisione dei dati contabili consuntivi e preventivi della società da acquisire per verificarne la coerenza interna e l'aderenza alla realtà. In tale sede è importante effettuare un'analisi della situazione economica e patrimoniale, compresa una verifica critica delle informazioni finanziarie, per esempio, gli interessi passivi devono essere proporzionati all'indebitamento e le vendite devono essere compatibili con i movimenti di magazzino.
- 8) posizione fiscale: l'analisi è rivolta a verificare che non esistano irregolarità formali o sostanziali di natura fiscale dalle quali potrebbero derivare, in futuro, oneri per la stessa società acquirente verificando il contenzioso esistente.
- 9) contratti: l'intervento è finalizzato ad analizzare tutti i documenti inerenti la vita societaria, quali lo statuto, i libri sociali, le delibere assembleari, l'individuazione dei poteri di firma, i patti parasociali, eventuali vincoli di trasferimento, tutti i contratti in essere. Da tali contratti, infatti, è possibile esprimere valutazioni su eventuali possibili passività future,

sulla situazione del personale, sullo stato di eventuali controversie in corso, al fine di valutare quale esito potrebbe presumibilmente avere e il possibile impatto sull'acquirente.

Dall'analisi effettuata si possono avere effetti diversi che possono essere riepilogati come segue:

- 1) rettifica del prezzo;
- 2) modifica dell'oggetto della transazione;
- 3) richiesta nel contratto di opportune garanzie per tutelare l'acquirente da eventuali passività future;
- 4) suggerimenti operativi utili per l'integrazione;
- 5) interruzione delle trattative.

#### Area contabile e di bilancio

Una delle aree di indagine più importanti nell'analisi di due diligence è quella contabile, relativa al bilancio della società target. L'analisi dell'area patrimoniale ed economica è fondamentale in ogni intervento di questo genere, dal quale non si può prescindere per ottenere una buona conoscenza della realtà da esaminare.

Oltre all'esame di dati storici della società target, attraverso la lettura dei bilanci forniti, le analisi economico-finanziarie possono essere condotte anche su dati prospettici i quali hanno sempre un certo rilievo ai fini delle strategie di lungo periodo. L'intervento è esteso a tutte le diverse fasi della transazione mediante analisi economiche e patrimoniali, analisi della redditività e dei flussi di cassa, gestionali, ambientali, normalizzazione dei risultati e così via, in modo da ottenere come risultato finale una descrizione completa.

Il Bilancio d'esercizio, pur costituendo una ricca fonte informativa per procedere ad analisi volte all'apprezzamento della gestione aziendale e dei risultati da esso prodotti in termini reddituali e finanziari, non permette di porre in risalto gli aspetti particolari legati alla realtà di

ogni singola azienda, nè d'altra parte, offre la possibilità di evidenziare le similitudini e le diversità con realtà analoghe.

Si rendono quindi necessarie analisi e riclassificazioni che permettano di comprendere i fattori che hanno dato luogo ai valori contabili, tramite le quali poter apprezzare l'economicità con cui è stata condotta la gestione nel suo complesso e le potenzialità di sviluppo dell'azienda in questione, unitamente alla dinamica finanziaria che l'ha caratterizzata.

A seconda dell'interesse specifico, si utilizzerà uno o l'altro indice o riclassificazione. Sostanzialmente si può indagare la medesima realtà, ma con angolazioni differenti.

La riclassificazione ha come obiettivo quello di rielaborare i valori esposti nel bilancio d'esercizio secondo gli schemi del conto economico e dello stato patrimoniale. Infatti il valutatore responsabile della riclassificazione deve individuare le specificità delle voci di bilancio patrimoniali ed economiche al fine di inserirle nello schema di riclassificazione per garantire la significatività dei margini operativi e degli aggregati patrimoniali.

Lo scopo è quello di ottenere informazioni aggiuntive e sintetiche sulla situazione dell'azienda attraverso l'individuazione e la combinazione di determinati quozienti e aggregati fra loro omogenei sia di natura economica che patrimoniale-finanziaria.

Per esempio, dal confronto degli stati patrimoniali di più esercizi si potrebbe notare che la società, in un dato periodo, ha avuto un notevole sviluppo dimensionale verificabile dal progressivo aumento dei valori di bilancio indicati nello stato patrimoniale. In questo caso potrebbe essere interessante per un potenziale acquirente capire come è stato affrontato questo fenomeno. La crescita dimensionale è generalmente un fenomeno positivo, in quanto è legata ad una maggiore competitività dell'impresa rispetto alla concorrenza o alla presenza della stessa sui mercati in espansione, ma tale crescita pone

spesso il problema del reperimento delle risorse che consentono tale espansione, senza compromettere l'equilibrio della struttura patrimoniale dell'azienda. Dall'analisi dell'incidenza percentuale delle componenti delle fonti si potrebbe verificare che l'impresa, in un primo momento, abbia affidato all'indebitamento a breve tale sviluppo e, solo successivamente, l'abbia sostituito con un sensibile aumento del capitale di rischio. Nel caso di specie, questa soluzione fa emergere una certa attenzione dell'azienda alla ricerca di un equilibrio strutturale permanente, e questo significa una certa positività nella valutazione globale.

#### Analisi patrimoniale

Le attività e le passività aziendali sono elementi fondamentali per la valutazione societaria, a volte di difficile analisi, e meritano un adeguato approfondimento da parte dell'advisor.

Per quanto concerne le attività, esse sono indicate contabilmente attraverso i valori di bilancio, ma ai fini di una acquisizione devono essere rideterminati in considerazione del loro reale valore di mercato.

Pensiamo alla necessità di valutare le risorse immateriali quale i marchi e i brevetti, che consentono all'azienda di acquisire un vantaggio competitivo duraturo e stabile sul mercato. Le caratteristiche peculiari che fanno dei beni immateriali delle risorse in grado di consentire all'impresa di acquisire tale differenziale positivo sul mercato sono legate alla difficoltà di acquisizione o di creazione di tali beni, alla molteplicità di possibili impieghi contemporanei ed infine alla loro incrementabilità.

Per quanto riguarda le passività, l'analista, oltre a quantificarne l'entità dovrà capire le loro potenziali manifestazioni in futuro e quindi sconosciute all'acquirente.

L'advisor in questo caso deve verificare non solo la completezza delle rilevazioni e l'esatta applicazione dei principi contabili, ma deve anche esaminare la solidità e l'equilibrio della struttura patrimoniale, devono analizzare se la società sia eccessivamente indebitata, se il reddito sia adeguato e se l'impresa abbia la capacità di gestirsi in condizioni di equilibrio.

La presenza di una struttura sbilanciata per l'attivo circolante rispetto al capitale immobilizzato può richiedere notevoli sforzi al potenziale acquirente per ripristinare un giusto equilibrio, il contrario può essere sintomo di problemi gestionali radicati e profondi. È auspicabile che il capitale circolante netto di una società sia sempre positivo, quindi, che le attività correnti superino in congrua misura le passività correnti in modo da poter far fronte ad esse con la liquidità a breve termine prodotta dagli incassi dei crediti.

Una struttura patrimoniale adeguata presuppone l'esistenza di un equilibrio tra necessità operative e finanziarie tipiche dell'attività svolta dall'azienda.

È importante altresì, che la struttura degli investimenti e dei finanziamenti della società è sostenibile nel lungo periodo e che sia in grado di far fronte alle remunerazioni finanziarie dovute eventualmente ai terzi prestatori di capitale e capire il grado di dipendenza da questi.

Nell'ambito di questa analisi, sono innumerevoli gli indici, i flussi e le considerazioni che si possono trarre ai fini di una valutazione affidabile e per una loro elencazione esaustiva si rimanda ad una trattazione più specifica.

#### Analisi economica

Nell'area di bilancio l'analisi economica fornisce al potenziale acquirente informazioni fondamentali circa la performance dell'azienda e i suoi risultati reddituali.

L'obiettivo principale è quello di capire e spiegare la redditività dell'impresa con l'evidenziazione dei margini ottenibili dai diversi business. La redditività è il presupposto fondamentale affinché un'azienda continui ad operare nel tempo.

Inizialmente lo studio si basa sull'andamento economico realizzato dalla società negli ultimi anni, sulla determinazione dei risultati economici reali e di quelli "normalizzati" dell'esercizio in corso, confrontati con quelli passati.

Ai fini della redditività, lo schema di conto economico, fornisce solo una suddivisione sommaria dei costi e dei ricavi d'impresa, ma non fornisce quelle indicazioni peculiari necessarie. Per questo motivo, al fine di ottenere un'analisi approfondita della redditività occorre esaminare la composizione di ogni singola voce e rilevare le variazioni intervenute rispetto all'anno precedente al fine di evidenziare quelle componenti non strettamente collegate alle performance aziendali. Anche per l'analisi della redditività, si utilizzano indici combinati tra loro: ROI (return investment), ROS (return on sales), ROE (return on equity).

Qualora l'attività del business consista nella produzione di diversi beni o nella fornitura di una vasta gamma di servizi, si cercherà di individuare il loro contributo alla redditività totale mediante l'analisi metodologica dei costi di produzione e del margine di contribuzione. A secondo la rispettiva pertinenza gestionale, è possibile indagare la redditività delle diverse aree di gestione, risalendo alle origini del risultato di esercizio.

Questo esame viene condotto al fine di valutare se le combinazioni scelte consentano di ottenere il massimo margine di profitto possibile. La valutazione non può basarsi unicamente sulla presenza di un margine di contribuzione positivo o negativo, bensì deve prendere in considerazione eventuali vantaggi che tali produzioni o servizi comunque generano sull'intero processo produttivo aziendale. Solo

l'analisi combinata di questi elementi potrà far emergere se sia più conveniente eliminare un prodotto con margine di contribuzione negativo, liberando così capacità produttiva utilizzabile per prestazioni più redditizie, o se la sua presenza, indipendentemente dai margini realizzati, sia comunque importante per l'organizzazione aziendale.

Anche l'analisi dei costi d'impresa è una variabile fondamentale per capire le performance aziendali. Una delle più importanti strategie competitive si basa proprio sul vantaggio di costo, inteso come capacità di produrre a un costo più basso rispetto ai concorrenti. L'analisi dell'andamento dei costi dell'azienda target comparata con quelli delle società concorrenti, può far emergere eventuali punti di forza o di debolezza utili per valutare la fattibilità dell'acquisizione. Per una corretta valutazione del costo del venduto (componenti di costo dipendenti dall'attività produttiva, relativamente ai beni che sono stati venduti) e soprattutto per consentire un suo confronto con i valori medi del settore di attività in cui la società opera o di altre imprese concorrenti, è necessario che i verificatori conoscano con precisione la composizione delle voci di costo. Se più prodotti utilizzano lo stesso processo, impianto o macchinario, il metodo di allocazione dei costi generali deve essere approfondito dai verificatori. I costi non monetari, ammortamenti e svalutazioni, richiedono una particolare analisi.

Una cultura manageriale si è soprattutto concentrata sulla qualità del prodotto o del servizio, che è diventata un'arma strategica nella lotta tra i vari competitori. Oltre alla qualità è necessario considerare altri indicatori, come il tasso di sconto, tempi di risposta o di consegna, nonché a valutare le performance dei prodotti, servizi ed operazioni che sono diventati importanti termini di paragone in qualunque tipo di confronto aziendale. E' importante misurare le proprie prestazioni confrontandole con le migliori aziende del settore (benchmarking), con l'obiettivo di comprendere i fattori di vantaggio competitivo di

queste imprese rispetto alle proprie, verificare come queste ultime raggiungono tali livelli di prestazione e utilizzare tali informazioni per fissare i propri obiettivi, le proprie strategie e i criteri di implementazione. Fare benchmarking, in sintesi, significa scoprire le migliori prassi e metodologie ovunque esse esistano e identificare le misure di riferimento qualitative e quantitative come risultato dell'adozione delle prassi stesse.

Vengono così fornite all'acquirente informazioni idonee a valutare lo sforzo necessario per stimolare un processo di miglioramento continuo in grado di fronteggiare la concorrenza.

Un esempio di benchmarking può partire dalla classificazione dei concorrenti in termini di posizionamento strategico attraverso indici quali: quota di mercato, tasso di crescita, return on asset (ROA) e return on equity (ROE). Si possono identificare per ogni concorrente gli aspetti qualitativi che li caratterizzano in termini di sviluppo prodotto/servizio, produzione e servizio al cliente. Incrociando il posizionamento competitivo e i parametri che rappresentano il vantaggio si possono ottenere informazioni rilevanti sulle strategie perseguite, sugli scarti tra le performance e, quindi, gli sforzi necessari per colmarli.

Al fine di completare la verifica della situazione economico - patrimoniale, è importante soffermarsi sulle previsioni future prospettiche, affinché l'acquirente possa avvalersi di dati rilevati per valutare la capacità di ripagare l'investimento.

Il problema principale nell'esaminare questa area riguarda la discrezionalità dei dati, nel senso che i valori sottoposti a verifica sono costruiti sulla base di assunzioni che per loro natura sono aleatorie e influensabili da diversi fattori.

Nel trattare questo aspetto, l'analista dovrà ripercorrere criticamente l'iter di formazione dei costi e dei ricavi previsionali per accertarne la correttezza metodologica e la ragionevolezza dei dati utilizzati. Si

verificherà la congruità delle assunzioni fatte, sia con i trend storici sia con le previsioni prospettiche.

Nell'analisi si cercherà di verificare che i presupposti fondamentali riguardanti vendite, marketing, acquisti, produzione, ricerca e sviluppo rispondono all'andamento storico di tali grandezze e che tengano nella giusta considerazione eventuali variazioni intervenute nei fattori che per molto tempo hanno caratterizzato il trend passato. Si evidenzieranno le aree di vulnerabilità riscontrate e, se possibile, l'effetto sulle previsioni delle variazioni dei principali presupposti.

L'analisi delle previsioni deve partire dalla verifica del volume di affari, con particolare attenzione alle due grandezze da cui scaturisce tale valore, ossia:

- volumi di produzione e di vendita, in relazione alla domanda del mercato, alla capacità di sfruttamento del potenziale aziendale e degli eventuali nuovi investimenti produttivi;
- prezzi ai quali la produzione potrà essere venduta. Il management conoscendo il mercato e la propria clientela sarà in grado di stimare eventuali aumenti nei prezzi a livello generale o per singole aree geografiche.

Basi documentali per questo esame sono, principalmente, le statistiche di vendita e gli studi di mercato, che dovranno essere scomposte per quantità e valore, tipi di prodotto, categorie di clienti e zone geografiche di vendita, al fine di comprendere a fondo la loro struttura. Per determinare i volumi di produzione l'advisor deve assicurarsi che la capacità produttiva aziendale ed il suo livello di sfruttamento attuale e prospettico siano parte integrante dell'analisi condotta. In relazione alla previsione dei costi, l'advisor verifica la correttezza della loro determinazione e la loro coerenza con i volumi di produzione e di vendita preventivati. Per tale confronto ci si riferirà principalmente all'analisi della composizione e dei trend dei costi storici e alle previsioni dell'andamento delle retribuzioni e dei prezzi

nei relativi mercati, alle spese generali che dovranno essere analizzate e confrontate con i dati storici e interaziendali, mentre per gli oneri finanziari verrà verificata la loro consequenzialità con la struttura finanziaria dell'azienda e con gli andamenti finanziari previsti.

Devono, inoltre, essere considerati gli aspetti macroeconomici quali, la svalutazione della moneta e l'inflazione, che possono incidere in modo disomogeneo sui ricavi e sui costi, con conseguente effetto sugli utili.

Nella maggior parte degli interventi di due diligence che abbiano come oggetto l'area economica, oltre ai risultati reali e ai confronti temporali o settoriali, viene richiesta la determinazione dei risultati normalizzati. L'attività di normalizzazione consiste nell'eliminazione di tutte le componenti distorsive e non strettamente collegate alle performance aziendali.

Per correggere e normalizzare il reddito è necessario operare delle rettifiche che, più frequentemente, possono riguardare i seguenti elementi:

- componenti di reddito connessi ai costi pluriennali (ammortamenti, politiche di capitalizzazione dei costi, rivalutazioni, ecc.), qualora la loro contabilizzazione non risponda alla corretta applicazione dei principi contabili oppure si differenzi da quelli adottati dal potenziale acquirente;
- distorsioni di natura fiscale.
- componenti di origine contabile, che comportano un'incidenza sul risultato di esercizio che è solo un riflesso contabile e, in quanto tale, privo di significato economico (ad esempio, vengono variati, rispetto all'esercizio precedente, i metodi di valutazione di una determinata posta, è il caso del passaggio da una valutazione del magazzino dal criterio LIFO a quello FIFO);

- componenti straordinari di reddito, ovvero quelle voci che per l'eccezionalità della loro natura e frequenza di accadimento devono essere considerate straordinarie e che quindi, vanno stornate ai fini della determinazione dei normali risultati di esercizio. Durante la normalizzazione del reddito, il concetto di straordinarietà deve essere analizzato anche in relazione alla gestione operativa, ovvero alla presenza di ricavi e costi particolari. Elevati ricavi derivanti da un contratto a tempo determinato inerente solo all'anno in questione, per il quale si è consapevoli che non potrà essere rinnovato successivamente, per esempio, dovrebbero essere evidenziali ed eliminati dal risultato di esercizio al fine di non gonfiare gli indicatori di riferimento. Anche riguardo ai costi dovuti, per esempio, al guasto imprevedibile di numerosi impianti, essi dovrebbero essere stornati per non distorcere la conoscenza della struttura aziendale. Nell'analizzare le componenti straordinarie è importante prendere come punto di riferimento il principio contabile sulla base del quale sono state contabilizzate. Il concetto di straordinario "allude all'estraneità della fonte generatrice del provento o dell'onere rispetto all'attività ordinaria". Sulla base di questo, dovranno essere così considerate le plusvalenze o minusvalenze derivanti dalla cessione di beni quali, complessi industriali, fabbricati industriali, intere linee di produzione, ecc., mentre le componenti positive o negative relative agli altri beni, rientreranno tra le poste ordinarie del reddito.

Come precedentemente esplicitato, non esiste uno standard di due diligence riconosciuto dalla prassi professionale, ma questo tipo di attività può essere svolta con modalità e tecniche diverse dal professionista incaricato. Dipende dagli obiettivi, da chi lo richiede e dagli ambiti in cui viene svolta.

Gli ambiti possono essere molteplici.

## Due diligence investigation

In questa riflessione si è cercato di rappresentare, anche se sinteticamente, i tipici interventi di due diligence (full e limited due diligence), la loro complessità e il processo che conduce alla valutazione di una azienda o complesso aziendale e del suo capitale economico oggetto di valutazione ai fini di una acquisizione o operazione straordinaria.

L'attività di due diligence può anche essere richiesta in alcuni casi particolari aventi obiettivi diversi.

Si tratta di un'attività di "investigation" per un intervento che, quasi sempre, ha obiettivi e aree di indagine limitati e predefiniti che possono essere richiesti da alcuni committenti a professionisti per motivi specifici.

Un esempio può essere l'ipotesi di una richiesta di due diligence investigation da parte di un'impresa estera, per verificare l'attività amministrativa, direzionale e gestionale da parte dell'amministratore unico di una società controllata italiana. Dal report potrebbero emergere una "mala gestio" da parte dell'amministratore, l'esistenza di una contabilità diversa da quella ufficiale, spese di natura personale imputate alle casse sociali, operazioni inesistenti e così via. Altre volte l'investigation è richiesta da soggetti istituzionali che hanno una costante necessità di ricorrere ad interventi mirati che possono essere di supporto alle loro indagini, come per esempio la magistratura e per essa la polizia giudiziaria con obiettivi e verifiche specifiche.

Dal report di investigation, potrebbero emergere varie situazioni come per esempio l'individuazione di eventuali responsabilità che hanno causato dissesti di società, appropriazione indebita dei fondi

sociali, operazioni "fuori bilancio" con relative transazioni finanziarie attuate con terzi, reato di falso in bilancio ecc..

Per quanto concerne l'attività mirata ad accertare il falso in bilancio, la legislazione, dopo varie oscillazioni ha ritenuto di mantenere il falso valutativo con situazioni di sopravvalutazioni dell'attivo, sottovalutazioni del passivo, che necessiterà di altre e più particolareggiate rappresentazioni.

Sulla base dei fattori e delle considerazioni rappresentate, si ritiene che in futuro, oltre ad una maggiore specializzazione dei verificatori o investigator, sarebbe opportuno traslare l'esperienza privatistica qui rappresentata, nella realtà delle amministrazioni pubbliche.

Oltre al tradizionale e indispensabile organo della Corte dei conti che rappresenta l'organo di controllo e di verifica con massimo rilievo costituzionale, sarebbe necessaria la capacità di un'attività di "due diligence investigation" anche nel settore pubblico strutturato all'interno di esso.

All'inizio degli anni '90 un processo normativo ha già avviato rilevanti trasformazioni che hanno creato un innovativo cambiamento nel sistema della pubblica amministrazione. Innanzitutto il baricentro del sistema dei controlli è stato spostato da un tradizionale controllo di legittimità (con una amministrazione attenta quasi unicamente alla conformità degli atti alla legge e non al raggiungimento degli obiettivi) a quello gestionale, di verifica dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa in relazione agli strumenti finanziari e all'effettivo raggiungimento degli obiettivi affidati alle varie amministrazioni, e a quello strategico volto a promuovere una continua analisi degli scenari ambientali ed economici in cui l'azione pubblica deve manifestarsi.

Le nuove esigenze poste dal perseguimento di obiettivi di efficacia ed efficienza nell'utilizzo delle risorse hanno quindi determinato una

maggiore attenzione alla funzione di tipo gestionale, caratterizzata da approcci economico-aziendalistici, con un ampliamento della strumentazione disponibile e dell'utilizzo di tecniche dedotte dall'esperienza di impresa.

In linea con le tendenze internazionali (New Public Financial Management), è stato recepito dalla Legge di contabilità n. 196 del 2009, l'affiancamento, a fini conoscitivi, al sistema di contabilità finanziaria, un sistema di contabilità economico-patrimoniale. La contabilità economica consente una più immediata relazione tra fonti di finanziamento ed impieghi e tra risorse utilizzate e beni e servizi prodotti.

In questo contesto, quindi, è stato necessario modificare il modello gestionale del bilancio dello Stato, rinnovando il suo processo di gestione e di controllo ampliando l'orizzonte dagli aspetti autorizzatori, che pure rimangono di fondamentale importanza nel nostro sistema, a quelli legati alla valutazione dei risultati.

Purtroppo, nonostante il legislatore abbia cercato di introdurre negli ultimi anni un "approccio aziendalistico" nella gestione pubblica con numerose norme, al fine di renderla più economica, più efficiente, più efficace e trasparente, permangono ad oggi le inefficienze e carenze nella rilevazione delle informazioni e dei dati relativi all'attuazione delle spesa pubblica e nella misurazione e nella verifica dei risultati conseguiti. La stratificazione nel tempo di vari interventi normativi, la proliferazione e sovrapposizione di organi, comitati e commissioni, la commistione tra le diverse finalità perseguite, la complessità degli adempimenti demandati alle amministrazioni con un notevole dettaglio delle informazioni, spesso eccessivo rispetto alle esigenze conoscitive e la difficoltà di fornire un'interpretazione univoca alle priorità politiche e ai vari tipi di obiettivi hanno ostacolato il raggiungimento di un'accresciuta rispondenza dell'azione pubblica ai

bisogni della collettività ed una concreta valutazione dell'efficacia nell'allocazione delle risorse.

Da qui nasce l'esigenza di un attento riesame della struttura complessiva per un completo rinnovamento delle procedure, delle modalità operative e organizzative delle amministrazioni centrali e periferiche. E' necessario un rafforzamento dell'attività di verifica e di "investigation pubblica", di una programmazione e un sistema di controlli di tipo manageriale, i quali si caratterizzano per l'applicazione di strumenti e concetti propri delle scienze aziendali, per arrivare ad un sistema virtuoso utile e favorire una "governance" della finanza pubblica.

L'attività di monitoraggio e controllo dei conti pubblici costituisce uno dei momenti fondamentali per realizzare, nei confronti di tutti i soggetti istituzionali e non, una forma di accountability sulla verifica della coerenza dei risultati raggiunti rispetto agli obiettivi di finanza pubblica programmati attraverso l'attivazione e gestione di un corretto, sempre aggiornato, sistema di monitoraggio integrato; tale strumento costituisce anche il supporto indispensabile per la trasparente lettura e valutazione delle poste finanziarie iscritte, e da iscrivere, nei documenti contabili e di bilancio, preventivi e di consuntivo.

La "aziendalizzazione" parte dal principio che lo Stato è un'azienda di erogazione in quanto è costituito da un'organizzazione sociale indirizzata a realizzare prestazioni, beni e servizi per la stessa comunità amministrata che ne identifica la presenza pubblica ed istituzionale sul territorio in cui vive il popolo. Infatti, la finalità della amministrazione pubblica è costituita principalmente al soddisfacimento dei bisogni sociali espressi dalla collettività amministrata, svolgendo un'attività economica non lucrativa.

Einaudi aveva definito lo Stato come "grande azienda" anche se la principale distinzione fra lo Stato ed un'azienda sta nel fatto che la seconda è profit oriented e cioè pone il profitto come fine principale.

Anche l'azienda è un istituto economico duraturo che produce beni e servizi per la soddisfazione dei bisogni umani ed è proprio questa finalità che accomuna ogni organismo aziendale.

Dunque, affinché sia possibile l'utilizzo di strumenti tipici della realtà d'impresa, come la due diligence, è necessario un processo di acquisizione dei criteri di gestione economico-aziendali, superando i modelli organizzativi e comportamentali che finora hanno dominato nella conduzione delle pubbliche amministrazioni.

La rilevante complessità dell'azione amministrativa dello Stato per il raggiungimento delle proprie finalità caratteristiche, necessita di un approccio metodologico e di analisi della governance pubblica e della contemporanea conduzione aziendale in una dimensione particolarmente complessa e dinamica di efficienza, efficacia ed economicità.

La "governance" degli equilibri complessivi di finanza pubblica, il ricorso a strumenti più idonei per il contenimento della spesa e gli interventi di sostegno sociale richiedono, dunque, un forte coordinamento a livello di controlli e verifiche, specie per l'impostazione corretta dei programmi di intervento e della relativa pianificazione finanziaria, dell'allocazione di risorse di bilancio che tengano conto delle effettive necessità e seguano, con il ricorso a successive integrazioni e rimodulazioni, i tempi di realizzazione delle strategie.

Il conseguimento di avanzamenti significativi nell'impostazione e nella realizzazione dell'azione pubblica impone di operare contemporaneamente su più aspetti: il sistema informativo contabile e non contabile del bilancio dello Stato, la riorganizzazione delle strutture amministrative, la realizzazione di importanti infrastrutture

di collegamento dell'attività delle varie amministrazioni, lo snellimento delle procedure di attuazione degli interventi, la responsabilizzazione dei dirigenti e di tutti i lavoratori del settore pubblico, e possibilmente di un'attività di "due diligence investigation" intesa come un rafforzamento dell'attività di analisi e verifica, con una disponibilità di dati significativi ed esaurienti che costituisce la base per accrescere la trasparenza, la controllabilità e la valutazione da parte delle istituzioni e dei cittadini, delle attività svolte dal settore pubblico, dei loro costi e dei loro risultati soprattutto con le attuali esigenze derivanti dalle pressanti contingenti congiunture economiche.

L'estensione al settore pubblico della due diligence, che tradizionalmente appartiene all'esperienza privatistica, meriterebbe un approfondimento scientifico e uno studio sulle metodologie e sulla sua operatività.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

# Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2021 - Anno XLII

## **IL DECRETO SEMPLIFICAZIONI E IL REGIME TRANSITORIO IN TEMA DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE: I CHIARO-SCURI DELLA RIFORMA**

di Angelo Canale, Procuratore generale della Corte dei conti

Incentrerò il mio intervento non su di una esegesi della norma (l'art. 21 del Decreto Semplificazioni) che, com'è oramai noto, ha modificato – con norme sostanziali e quindi non applicabili ai giudizi in corso - l'elemento soggettivo richiesto per la responsabilità amministrativa, ma sui presupposti e su reali effetti della stessa modifica, su talune sue criticità sotto il profilo del rispetto dei principi costituzionali e infine sul rapporto tra il nuovo regime giuridico introdotto dall'art. 21 e la regolamentazione europea relativa al Recovery Fund.

Considerato il tempo a disposizione, non ho alcuna pretesa di essere esaustivo ma quantomeno di accendere una luce, quella del dubbio, spero del forte dubbio, in chi ha approvato una norma che io ritengo non utile rispetto ai fini che il Legislatore si era prefissato e soprattutto non in linea con la normativa eurounitaria.

^^^

L'art. 21 del Decreto Semplificazioni ha apportato importanti modifiche sostanziali al regime della responsabilità amministrativo-contabile, quella cui soggiace il dirigente che causa un danno

patrimoniale all'Erario.

In particolare, sul piano strutturale, in quanto regola modificativa dell'art. 1 della L. 20/1994, con il primo comma dell'art. 21 è stato precisato che ai fini della prova dell'elemento soggettivo del dolo, occorre dimostrare la volontà dell'evento dannoso.

E' pertanto richiesto, pur non disponendo il PM contabile degli strumenti d'indagine e istruttori del PM penale, un dolo "in chiave penalistica".

Con il secondo comma è stata introdotta la limitazione della responsabilità amministrativo-contabile, per i fatti commessi dall'entrata in vigore del decreto (17 luglio 2020) e sino al 31 dicembre 2020, ai soli fatti commessi con dolo, nei termini del modificato art. 1 della detta legge 20/1994, salvo quelli cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente per i quali la detta limitazione non è applicabile.

In sintesi, il nuovo regime della responsabilità amministrativa, sino al 31 dicembre 2021, non prevede più il requisito della colpa grave, se non per i danni causati da omissione o inerzia; per i fatti commissivi, attivi, prevede, in via strutturale, come elemento psicologico necessario solo il dolo, ma quello "in chiave penalistica", ovviamente assai più difficile, per l'attore, da provare.

Come era prevedibile, c'è già chi ritiene che le regole poste dall'art. 21 debbano avere tutte un carattere strutturale. C'è chi lavora per questo obiettivo.

^^^

La previsione dell'art. 21 - che ha oggettivamente attenuato il regime delle responsabilità gravante su amministratori e pubblici funzionari, perché quello era il dichiarato obiettivo, l'effetto voluto - è stata motivata con la necessità, legata anche all'imminente attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, di alleggerire il peso della responsabilità, restringerne il perimetro e contrastare

l'inerzia derivante dalla c.d. *paura della firma*.

Dunque, la premessa da cui si è mosso il Legislatore è che il rischio di incorrere nella responsabilità amministrativa indurrebbe i dirigenti alla c.d. *burocrazia difensiva*, alla quale si deve la colpa dei ritardi nella realizzazione di piani, progetti, opere.

Tuttavia la "premesse", opportunamente rilanciata dagli organi di informazione, tanto da assurgere a verità assoluta (nel senso che si dà oramai per scontato che l'azione amministrativa sia bloccata per la paura del processo contabile e della Corte dei conti), non è dimostrata, non è stata oggetto di alcun serio approfondimento, non è stata supportata da alcuna analisi, né da alcun dato, né sono stati forniti esempi, anche ricavabili *ex post* da un'analisi delle migliaia di sentenze pronunciate dalle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, tutte accessibili nella banca dati della stessa Corte dei conti.

In verità, illustri studiosi hanno evidenziato che la "paralisi del fare", che esiste e certamente va contrastata, è tuttavia ascrivibile in larga misura alla farraginosità delle regole, alla esondazione o ipertrofia normativa, alla tortuosità dei percorsi decisionali, alla impreparazione della dirigenza o almeno di parte di essa, ad una serie di concause che potremmo cumulativamente qualificare come "cattiva amministrazione".

(Io aggiungo anche la riduzione dei controlli preventivi; e con riferimento ai cantieri bloccati anche le lacune progettuali e le criticità delle analisi di fattibilità)

Ma, si è detto, i vari tentativi tesi alla semplificazione normativa sono falliti, per cui limitare il "rischio" della responsabilità amministrativo-contabile per contrastare la c.d. *paura della firma* è apparsa non la migliore soluzione, ma quella più facilmente praticabile: in questo ragionamento manca però un elemento di assoluto rilievo, e cioè l'analisi delle ricadute della più facile soluzione scelta sull'azione amministrativa, il suo riflesso sull'allentamento del

principio di legalità e sulla conseguente alimentazione dei fenomeni corruttivi, per questi ultimi nella intelligente definizione che anni fa l'ANAC diede della nozione di fatto corruttivo: nozione che è «*più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione*» e coincide con la "*mala amministrazione*", intesa come assunzione di decisioni (*di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche*) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari.

Ecco, nessuno si è chiesto quale ricaduta o quale concorrente ricaduta avrebbe il nuovo regime della responsabilità.

Neppure noi, magistrati del Pubblico Ministero contabile, ma certamente uniti in questo ai colleghi di qualsiasi funzione svolta dalla Corte dei conti, ce lo siamo chiesto: non ce lo siamo chiesto perché già lo sappiamo. E lo sappiamo perché, come ha recentemente ricordato il Presidente Draghi, siamo "i guardiani autorevoli dei conti pubblici" e siamo, per cultura ed esperienze, ben consapevoli delle dinamiche della spesa pubblica e dei suoi profili patologici.

Quando si abbassa l'effettività del principio di legalità, quando si delimita al di sotto di una certa soglia il perimetro delle responsabilità, quando la "fuga della firma" in realtà è la "fuga dai controlli", si innesca il processo di formazione non di buone prassi ma della "mala amministrazione", nel significato datole dall'ANAC. Facciamo solo un pensiero a quello che sta emergendo in questi giorni a proposito degli acquisti di mascherine e altri prodotti medicali....

Gli stessi vagheggiati "benefici" (l'avvio di piani, progetti, opere, lo sblocco dei cantieri) sono solo meramente supposti, come in realtà era supposto il loro "blocco" a causa della "paura della firma" derivante dal timore della responsabilità amministrativa.

Come ho detto, nessuno ha illustrato casi concreti, nessuno è

entrato nel dettaglio. E pensare che centinaia di cantieri siano bloccati, tutti o solo una parte, per la paura della responsabilità amministrativa è una cosa che proprio non esiste. Noi non abbiamo il potere giuridico di sequestrare o bloccare cantieri.

Permettetemi di fornire qualche dato: sono stati circa 2000 i giudizi di responsabilità promossi nel biennio 2019/2020; l'analisi della tipologia delle fattispecie dedotte in questi duemila giudizi di responsabilità ci consegna un quadro dove spiccano: fattispecie direttamente connesse alla commissione di reati (267 nel 2019, 203 nel 2020), frodi comunitarie (un centinaio), numerosi casi di assenteismo, i casi dei furbetti del cartellino, mancate entrate tributarie, mancata riscossione di canoni, percezione di emolumenti non dovuti, indebiti conferimenti di incarichi e di consulenze, danni derivanti da attività sanitarie, indebita percezione o indebito impiego di contributi pubblici, indebita corresponsione di premi, indennità, trattamenti accessori, omesso recupero di crediti, ritardati o mancati accertamenti, danni di varia natura al patrimonio pubblico, assunzioni illegittime, falsi invalidi, etc.

Ebbene, in apparenza nulla, fin qui, che si possa ricondurre alle supposte cause della "paura della firma", né le fattispecie ricordate sembrano riguardare piani, progetti, programmi, opere pubbliche, cantieri bloccati.

Ma è su queste fattispecie, dove spesso si combinano elementi dolosi e colposi, o più spesso si rinviene solo colpa grave, cioè grave e inescusabile trascuratezza dei doveri minimi richiesti, che andrà soprattutto ad impattare il nuovo regime della responsabilità amministrativa.

È vero che nel 2019 ci sono state anche 14 citazioni legate alla realizzazione di opere pubbliche e 17 citazioni connesse ad attività contrattuali e che nel 2020, a causa della riduzione delle attività a causa del Covid, le stesse citazioni sono state complessivamente 15:

ma si converrà che questi numeri -in rapporto alle stazioni appaltanti, che pare siano oltre 30mila - non sembrano tali, ammesso che in astratto queste ultime fattispecie possano riferirsi a piani, progetti, programmi, opere, da aver determinato una così diffusa, paralizzante "paura" o gli effetti della c.d. burocrazia difensiva.

Aggiungo per completezza statistica, che mediamente su 100 istruttorie solo 3 o 4 diventano giudizi di responsabilità; e solo il 60% di questi giudizi si conclude con una sentenza definitiva di condanna.

Le tantissime archiviazioni nella fase istruttoria, le tante assoluzioni all'esito del processo danno conto - e sottolineano in ciò la professionalità di PM e Giudici - anche di una particolare attenzione alle difficoltà operative che affronta il dirigente, alla considerazione della poca chiarezza normativa nella quale opera il funzionario, alla scarsità dei mezzi a disposizione, sino alla valutazione dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata (specifica esimente prevista dalla legge 20/1994).

Si dice che il processo di per sé sia una condanna, ma ciò non può risolversi nel non fare il processo quando ne sussistano le ragioni. Deve però trattarsi di un "giusto", rapido ed equilibrato processo.

Il dubbio è forse che si guardi, ancora oggi, all'istruttoria e al giudizio di responsabilità secondo vecchi stereotipi, del tutto superati: chi ha questi timori ignora, e purtroppo lo ignorano ancora in tanti, che dall'ottobre 2016 è entrato in vigore il primo Codice di giustizia contabile, che ha previsto regole certe e, per quanto interessa in questo ragionamento, ampie e inedite tutele difensive sin dalla fase istruttoria, riti abbreviati, etc. Un "giusto processo", preceduto da una istruttoria che, nella chiara volontà del Legislatore delegato del 2016, non poteva e non può mai tradursi in una anticipata condanna. Un'istruttoria, tra l'altro, che, come detto, non prevede la possibilità di bloccare lavori o sequestrare cantieri.

Certo, di più si può fare per migliorare il regime della

responsabilità, ad esempio in tema di spese legali, prevedendo il rimborso – nella misura corretta e congrua - anche per quelle sostenute a seguito di invito a dedurre, e quindi in una fase che solo eventualmente precede il processo; ovvero si può intervenire sulle condizioni, già abbastanza vantaggiose, dei riti abbreviati (quelli hanno introdotto misure alternative al processo, attraverso il pagamento immediato di una somma inferiore alla pretesa risarcitoria).

Insomma, il contesto normativo, le fattispecie dedotte in giudizio, i numeri – non quelli vagheggiati o semplicemente non forniti- ci dicono che le cause della "*paura della firma*", della fuga dalle responsabilità vanno ricercate altrove, e non nella responsabilità amministrativa, che è posta a tutela della corretta gestione delle pubbliche risorse.

Questo per quanto riguarda le premesse che avrebbero motivato la disposizione in esame.

^^^^^

Ora, il profilo costituzionale.

È noto che la limitazione (generalizzata, perché limitazioni specifiche già esistevano per lo svolgimento di attività a rischio) della responsabilità amministrativa al dolo o colpa grave, fu introdotta con le riforme degli anni '90.

Soprattutto con questa ultima regola ma anche con il carattere personale della responsabilità, con la connessa intrasmissibilità agli eredi, salvo i casi di illecito arricchimento, etc. la responsabilità amministrativa si allontanava dalla tradizionale matrice civilistica, cioè dalla comune responsabilità risarcitoria - che per circa un secolo ne aveva permeato sia i profili sostanziali che quelli processuali - e assumeva una nuova conformazione, come riconobbero le Sezioni riunite della stessa Corte dei Conti all'indomani della riforma del 1994 e come precisò la Corte costituzionale allorquando si pronunciò sulle

questioni di legittimità costituzionale sollevate da alcune sezioni giudicanti della Corte, ancora legate al precedente assetto sostanziale.

Si denunciava, tra l'altro, la violazione dell'articolo 3 della Costituzione, perché si riteneva da parte dei giudici rimettenti che la nuova responsabilità, distaccandosi da quella civile, avesse determinato una ingiustificata disparità di trattamento a favore dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti.

Non era l'unico profilo di incostituzionalità dedotto, ma indubbiamente era quello più suggestivo. Era stata denunciata anche la violazione degli artt. 24, 81, 97, 103 della Costituzione.

Vale allora la pena di ricordare alcuni passaggi della sentenza della Corte costituzionale numero 371 del 1998, di grande e attuale interesse alla luce della riforma introdotta con l'articolo 21 del Decreto Semplificazioni.

Osservava la Corte costituzionale che, nel processo di nuova conformazione della responsabilità amministrativa deve essere valutata positivamente la limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, poiché essa risponde all'intento *“di predisporre nei confronti dei dipendenti e degli amministratori pubblici un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzia nello svolgimento dell'attività amministrativa”*.

Sottolineava la Corte, che *“nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l'istituto qui in esame, la disposizione in questione risponde alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo”*.

Un *“punto di equilibrio”*, affermava la Corte costituzionale.

Il concetto è importante: significa, in altri termini, che interventi legislativi che allontanino la prospettiva della responsabilità, elevando oltre una certa misura la soglia della imputabilità, alterano inevitabilmente la equilibrata ripartizione del rischio, facendolo gravare in larga misura o pressoché esclusivamente sull'apparato pubblico - diciamo pure sulla fiscalità generale - senza concretizzare quegli effetti di deterrenza e quella ragione di stimolo che si accompagnano alla prospettiva della responsabilità.

A mio avviso, il nuovo regime della responsabilità, sono certo in buona fede e ispirato dalla volontà di velocizzare la ripresa, ha fatto venir meno il punto di equilibrio saggiamente indicato dalla Corte costituzionale, al di qua o al di là del quale probabilmente si porrebbe anche un problema di costituzionalità, almeno con riferimento all'art. 97 della Costituzione, che invece, relativamente alla limitazione della responsabilità al solo dolo o colpa grave, era stato escluso proprio con le argomentazioni sopra richiamate.

In ipotesi, avuto riguardo alle ragioni che hanno motivato il nuovo regime della responsabilità, si è visto quanto incoerenti e prive di dati di fatto, forse si porrebbe anche un problema di irragionevolezza e arbitrarietà della scelta normativa.

Del resto, secondo la sentenza Corte costituzionale n. 411 del 1988, il Legislatore è arbitro di stabilire non solo quali comportamenti possano costituire titolo di responsabilità, ma anche quale grado di colpa sia richiesto ed a quali soggetti la responsabilità sia da ascrivere, ma deve comunque osservare il limite della ragionevolezza e della non arbitrarietà.

^^^^^^

Ed ora, l'ultimo profilo, quello afferente ai rapporti tra il nuovo regime della responsabilità introdotto dal più volte citato art. 21 e la regolamentazione europea relativa al Recovery Fund.

Il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n.

2021/241 del 12 febbraio 2021, "che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza" (il c.d. Recovery Fund") dedica molta attenzione al controllo sulla corretta gestione dei fondi .

Il complesso normativo che disciplina il dispositivo trova, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento 241 del 2021, le sue regole generali nel Regolamento finanziario e nel Regolamento 2092 del 2020.

In tale contesto, e per quanto attiene specificamente alla tutela degli interessi finanziari della UE, i principi normativi impongono il rispetto, tra l'altro:

- del corretto funzionamento delle autorità preposte al controllo, alla sorveglianza e all'audit finanziari, nonché il corretto funzionamento di sistemi efficaci e trasparenti di gestione e responsabilità finanziarie (art. 4, comma 2, lett. b), Reg. n. 2092 del 2020);

- dell'effettivo controllo giurisdizionale, da parte di organi giurisdizionali indipendenti, delle azioni od omissioni compiute dalle autorità (art. 4, comma 2, lett. d), Reg. n. 2092 del 2020);

- del recupero dei fondi indebitamente versati (art. 4, comma 2, lett. f), Reg. n. 2092 del 2020).

Particolare attenzione, a livello eurounitario, è data a tale ultimo profilo, ossia al recupero dei fondi.

A tal fine, il Regolamento n. 241 del 2021 all'art. 8 fa espresso rinvio alla normativa generale del Regolamento finanziario, che prevede la responsabilità degli agenti finanziari, che sono tenuti "a risarcire il danno alle condizioni dello statuto" (art. 92 Reg. finanziario UE); il riferimento è allo Statuto dei funzionari UE, che prevede all'art. 22 che "Il funzionario può essere tenuto a risarcire, in tutto o in parte, il danno subito dall'Unione per colpa personale grave da lui commessa nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni".

A sua volta, l'art. 22, primo comma, del Regolamento 241 – che

è fonte primaria del diritto - espressamente stabilisce:

1. *Nell'attuare il dispositivo gli Stati membri, in qualità di beneficiari o mutuatari di fondi a titolo dello stesso, adottano tutte le opportune misure per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e per garantire che l'utilizzo dei fondi in relazione alle misure sostenute dal dispositivo sia conforme al diritto dell'Unione e nazionale applicabile, in particolare per quanto riguarda la prevenzione, l'individuazione e la rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e dei conflitti di interessi. A tal fine, gli Stati membri prevedono un sistema di controllo interno efficace ed efficiente nonché provvedono al recupero degli importi erroneamente versati o utilizzati in modo non corretto. Gli Stati membri possono fare affidamento sui loro normali sistemi nazionali di gestione del bilancio.*

Nel contesto delle articolate motivazioni e nelle prescrizioni del Regolamento 241, il Legislatore europeo si è pertanto soffermato sul controllo e sul fatto che l'attuazione del dispositivo - anche con il rinvio dinamico previsto dall'art. 8 del medesimo Regolamento - debba essere in linea con il principio della sana gestione finanziaria, che comprende la prevenzione e il perseguimento efficaci della frode, ivi compresa la frode fiscale, l'evasione fiscale e il conflitto di interessi. E' altresì previsto che gli interessi finanziari dell'Unione siano, da ciascun Paese, tutelati efficacemente.

È importante evidenziare quanto emerge dalle motivazioni e dalle prescrizioni del Regolamento 241 sul rapporto tra l'attività di controllo e le azioni dirette all'immediata e puntuale azione repressiva, non solo di carattere penale, ma diretta anche all'effettivo recupero delle somme di cui si riscontrino profili di frode.

Il rinvio all'art. 22 dello Statuto dei funzionari U.E., che espressamente richiama la colpa grave per il risarcimento del danno è poi di particolare rilievo, in quanto, oltre all'azione recuperatoria, pare prevedere anche la risarcibilità dei danni arrecati con colpa grave: è

ovvio, con riferimento agli interventi finanziati con fondi europei del Recovery Fund.

E dunque, l'Europa, in estrema sintesi, ci fornisce i mezzi finanziari per la ripresa, ma esige, giustamente, una sana gestione finanziaria ed efficaci azioni di contrasto, non solo di carattere penale ma anche recuperatorie, nei casi di impiego illecito dei fondi del Recovery Fund, nonché risarcitorie nei termini di cui all'art. 22 dello Statuto funzionari UE, che entra nel quadro normativo che regola l'attuazione del Recovery Fund per effetto del già menzionato art. 8 del Reg. 241-

Queste ultime azioni, quella recuperatoria e quella risarcitoria, chiamano in causa innegabilmente la "giustizia contabile", che deve poter contare, con specifico riferimento alle misure da attuare con il Recovery Fund, su tutti gli strumenti giuridici necessari per adempiere agli obblighi posti dal Regolamento a carico dello Stato italiano.

Quanto alle frodi, l'azione al loro contrasto non è estranea all'attività e alle esperienze del Pubblico Ministero contabile.

È ciò che senza clamori, ma seriamente, facciamo da anni.

Devo infatti ribadire che sul fronte del contrasto alle frodi, comunitarie e non, le procure regionali sono da tempo particolarmente attive, come dimostrano i dati - numero delle sentenze (1173 nel decennio trascorso), importi delle condanne (oltre 1,1 mld di euro, nel medesimo periodo) - forniti in occasione della recente inaugurazione del corrente anno giudiziario.

La Procura generale, in collegamento e sinergia con omologhi organi di tutti i paesi europei, è partner oramai storico di OLAF - l'ufficio europeo antifrode - e ha già avviato contatti con finalità operative con EPPO, la Procura europea antifrode.

Vale rammentare, per ultimo, che, ai sensi dell'art. 325 del Trattato UE, i Paesi membri sono tenuti a proteggere gli interessi

finanziari dell'Unione con i medesimi strumenti con i quali proteggono i propri interessi finanziari: e dunque l'abbassamento del livello di protezione dei nostri interessi finanziari (restringendo il perimetro delle responsabilità amministrativo-contabili, ammesso che ciò sia possibile alla luce della stessa normativa europea) determina anche, di riflesso, l'abbassamento del livello di protezione degli interessi finanziari dell'Unione, e ciò per l'appunto mi sembra in contrasto con le prescrizioni del Regolamento 241/2021.

Non si giustifica allora, a maggior ragione, la recente attenuazione del regime della responsabilità, che a me pare contrastare con il quadro normativo eurounitario, che fa da cornice all'attuazione del c.d. dispositivo.

In tale quadro, torno a ribadire, si fa espresso riferimento, come detto, sia alle finalità recuperatorie, sia a quelle risarcitorie, essendo per queste ultime richiesto, ai sensi dell'art. 22 Statuto funzionari UE, l'elemento soggettivo della colpa grave (escluso dall'art. 21 del decreto Semplificazioni).

Concludendo, tutti i magistrati della Corte dei conti e nello specifico tutti i pubblici ministeri contabili non sono solo "guardiani autorevoli dei conti pubblici" italiani, ma sono, direi nello stesso tempo, con riguardo al dispositivo per la ripresa e la resilienza che ha un rilievo strategico per il Paese e con riferimento alle regole di controllo cui lo Stato italiano è tenuto per effetto della normativa eurounitaria, anche i "guardiani autorevoli" delle finanze comunitarie.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

# Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2021 - Anno XLII

## **SUL SISTEMA DEI CONTROLLI EX PROGRAMMA OPERATIVO FESR SICILIA 2014-2020: ALCUNE PROPOSTE DI MIGLIORAMENTO E UN TENTATIVO DI SISTEMATIZZAZIONE DELLE POSSIBILI LINEE DI INTERVENTO**

di Andrea Cuccia, Dottore di ricerca in Modelli per il miglioramento della performance nel settore pubblico, Università degli Studi di Palermo

### Abstract

Partendo da un inquadramento del controllo quale sistema integrato comprendente tre sub-sistemi (struttura organizzativa, struttura informativa e processo), e quale attività incardinata sulla compresenza di dualità amministrative soggettuali, oggettuali, finali e temporali, il presente lavoro ha cercato di illustrare lo stato dell'arte relativo al sistema dei controlli ex PO FESR Sicilia 2014-2020. In particolare, ha cercato di scandagliare il ruolo che l'Area 7 (Controlli, Repressioni Frodi Comunitarie e Chiusura Programmi Comunitari) del Dipartimento Regionale della Programmazione facente capo alla Presidenza della Regione Siciliana dovrebbe avere in seno all'architettura organizzativa tracciata dal Sistema di Gestione e Controllo (SIGECO) associato al Programma Operativo. Traendo spunto dalla propria esperienza di formazione e lavoro presso l'Unità di Monitoraggio e Controllo dell'Area 7 (U.O.B. A7.1), responsabile dei controlli sulle operazioni che pertengono all'asse prioritario 11 (Assistenza Tecnica) del POR FESR, l'Autore ha, quindi, cercato di elaborare alcune proposte di miglioramento di stampo manageriale, a

valere sui tre livelli di inferenza del controllo sopracitati. Tali proposte, da un lato, potrebbero consolidare il ruolo dell'Area 7 quale garante della funzione di "audit interno"; dall'altro, potrebbero tradursi in suggerimenti operativi passibili di adozione all'interno di tutte le UMC preposte all'espletamento dei controlli di primo livello, e potenzialmente generalizzabili a tutti gli Uffici di Controllo operanti in un'Amministrazione Pubblica.

#### 1. I sistemi dei controlli nella Pubblica Amministrazione.

Secondo i tradizionali dettami di matrice economico-aziendale, l'attività di controllo dischiude il tentativo di porre ad ordinamento sistematico le regole di comportamento amministrativo riconducibili ad una data Amministrazione. Il controllo, infatti, punta ad appurare ex post l'adozione di comportamenti amministrativi informati a canoni di razionalità, assunto che la razionalità amministrativa sottende una consonanza dell'agire amministrativo con le aspettative, le conoscenze in essere ed i poteri e le capacità correlati ad un'Amministrazione.

Avendo la pretesa di porre in ordine le regole di comportamento amministrativo secondo logiche tendenzialmente sistemiche, il controllo si ammanta normalmente di linee di sviluppo di carattere estensivo, dal momento che esso punta ad accertare il grado di razionalità delle singole operazioni e, in ultima istanza, dell'intera attività amministrativa.

Sebbene il perdurare di una condizione di razionalità dell'agire amministrativo sia già di per sé invocato dal dettato normativo, come comprovato dalla Legge n. 241/1990 e, nel caso delle Amministrazioni Pubbliche siciliane, dalla legge Regionale n.7/2019 ("Disposizioni per i procedimenti amministrativi e la funzionalità dell'azione amministrativa"), secondo cui l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di

efficienza, di economicità, di efficacia, di pubblicità, di imparzialità e di trasparenza, tale condizione andrebbe ricercata trascendendo dalla mera osservanza delle prescrizioni normative, e predisponendo all'uopo assetti organizzativi e meccanismi di funzionamento trasparenti, che ricomprendono un'attività di controllo condotta su base sistematica. Soltanto ricorrendo ad una simile panoplia di strumenti operativi, diventa possibile, infatti, per un'Amministrazione traguardare ad un tempo la piena rispondenza fra i beni e servizi approntati e risultati attesi (efficacia), la massimizzazione dei risultati ottenuti a fronte del minor dispendio di risorse possibile (efficienza), nonché il soddisfacimento delle attese facendo leva su un prelievo di ricchezza socialmente accettabile (economicità).

Fra gli strumenti operativi sommariamente identificati quali catalizzatori del perdurare di una condizione di razionalità amministrativa, l'attività di controllo merita particolare attenzione per via della sua natura peculiare. Essa, infatti, si regge su uno spettro di dualità amministrative avvinte fra loro da rapporti di codeterminazione interattiva e rideterminazione iterativa. Nello specifico, il controllo è tradizionalmente incardinato sulla compresenza delle seguenti dualità amministrative, in forza delle quali si può stabilire chi fa, che cosa, per quali scopi e con quali tempistiche:

- dualità soggettuali, del tipo ruoli/contro-ruoli, per cui ad un soggetto incaricato di porre in essere materialmente le singole operazioni, si oppone un soggetto tenuto a raccogliere riscontri;
- dualità oggettuali, del tipo azioni/contro-azioni, dove la contro-azione corrisponde normalmente all'accertamento delle osservanza delle regole che, in linea di principio, dovrebbero guidare lo svolgimento delle singole azioni;

- dualità finali, espressione di una difformità a livello di scopi che guidano l'operato dei ruoli e i contro-ruoli, da bypassare attraverso l'ancoramento alle preminenti finalità istituzionali verso cui l'attività amministrativa tout court dovrebbe tendere;
- dualità temporali, del tipo antecedenze/susseguenze, per cui il controllo richiede che le azioni e le contro-azioni si realizzino in diversi istanti temporali e nel rispetto di un rigido ordine logico-cronologico.

In coerenza con la sua natura poliedrica, al fine di mettere in atto un approccio diagnostico delle possibili disfunzioni rinvenibili sul piano della razionalità amministrativa, l'attività di controllo si serve di tre partizioni poste in stretta sinergia fra loro:

- una struttura organizzativa, intesa come complesso di posizioni di lavoro concatenate fra loro, ciascuna delle quali ricomprende ad un tempo le operazioni da svolgere, le competenze e le skills richieste e il grado di autonomia decisionale accordato, espressione di un maggiore o minore ventaglio di alternative di comportamento possibili;
- una struttura informativa, coincidente con il complesso di dati e modalità di fruizione attraverso cui vengono prodotte informazioni tempestive e accurate a beneficio di utilizzatori interni ed esterni;
- una dinamica di processo che, tenendo insieme elementi di feedback e di feedforward, rivela l'attivazione iterativa di un ciclo che parte dall'individuazione ex ante dei risultati attesi associati alle diverse posizioni di lavoro, prosegue con la verifica ex post dei risultati raggiunti e si conclude con l'analisi delle cause degli scostamenti, in vista della ridefinizione dei risultati attesi.

Sic stantibus rebus, il presente lavoro ha inteso trarre dall'analisi del sistema dei controlli ex PO FESR Sicilia 2014-2020, nonché dall'analisi del ruolo assegnato all'Area 7 (Controlli, Repressioni Frodi Comunitarie e Chiusura Programmi Comunitari) del Dipartimento Regionale della Programmazione facente capo alla Presidenza della Regione Siciliana in seno al Sistema di Gestione e Controllo (SIGECO) associato al Programma Operativo, alcune proposte di miglioramento di stampo manageriale, a valere sui tre livelli di inferenza del controllo sopracitati, e potenzialmente generalizzabili a qualsivoglia Ufficio di Controllo operante in un'Amministrazione Pubblica. Tali proposte di miglioramento potrebbero sancire un ridimensionamento della tradizionale ottica burocratica, realizzando quell'afflato alla responsabilizzazione diffusa codificato dalle sopracitate prescrizioni normative.

## 2. Il sistema dei controlli per il PO FESR Sicilia 2014-2020.

Come statuito dal manuale dei controlli di primo livello relativo al PO FESR della Regione Siciliana 2014/2020, aggiornato a gennaio 2021, le attività di controllo hanno l'obiettivo di contribuire alla sana gestione finanziaria dei fondi strutturali e di investimento europei secondo principi di economia, efficacia, ed efficienza.

L'Autorità di Gestione (AdG) di un Programma Operativo cofinanziato da fondi comunitari è tenuta ad implementare all'uopo le attività, le procedure e gli strumenti di sua responsabilità già prospettati dal Reg.UE 1303/2013. L'architettura organizzativa sottostante all'attuale Sistema di Gestione e Controllo (SIGECO) associato al PO FESR Sicilia 2014/2020 fa leva su una rigida separazione funzionale all'interno dell'AdG fra gli Uffici Competenti per Operazioni (UCO) e le Unità di Monitoraggio e Controllo (UMC). I primi coincidono con gli uffici preposti a dare avvio all'esecuzione delle singole operazioni a titolarità e a regia che pertengono all'Asse Prioritario di diretta

competenza; i secondi, invece, rappresentano quegli uffici che, acquisita dagli UCO tutta la documentazione relativa alle singole operazioni, sono tenuti a verificare che sussistano i requisiti di ammissibilità della spesa, fermo restando il compito delle UCO di identificare in prima approssimazione il ventaglio di voci di spesa potenzialmente eleggibili. In tal senso, il Manuale dei controlli di primo livello associato al PO FESR 2014/2020 della Regione Siciliana, in combinato disposto con quanto previsto dal Reg. UE 1303/2013 e dal DPR n.22/2018, compendia i seguenti criteri in forza dei quali una spesa può essere catalogata come ammissibile ed eleggibile in sede di acquisizione di un co-finanziamento comunitario:

1. effettività della spesa eleggibile, con riferimento ai pagamenti effettuati dal beneficiario nell'attuazione dell'operazione cofinanziata;
2. legittimità della spesa, intesa come conformità alle disposizioni di legge in materia fiscale, contabile e civilistica vigenti a livello europeo, nazionale e regionale, nonché conformità a quanto disposto dal Programma sulle condizioni di sostegno alla relativa operazione;
3. temporalità della spesa, intesa come confluenza del sostenimento e del pagamento della spesa da parte del beneficiario nel periodo di ammissibilità previsto dal Programma, compreso tra l'1 gennaio 2014 ed il 31 dicembre 2023;
4. pertinenza ed imputabilità della spesa ad un'operazione selezionata dall'Autorità di gestione o sostenuta sotto la sua responsabilità;
5. sussistenza di una prova documentale del sostenimento di una spesa, tale per cui essa deve risultare comprovata da fatture quietanzate o giustificata da documenti contabili

aventi valore probatorio equivalente e, in ogni caso, deve esserci idonea documentazione tesa ad attestare la pertinenza della spesa sostenuta rispetto all'operazione selezionata dall'AdG;

6. tracciabilità della spesa, intesa come verificabilità delle spese sostenute facendo leva su una corretta e completa tenuta della documentazione che comprovi l'esistenza sullo sfondo di un'adeguata pista di controllo;
7. corretta localizzazione della spesa, per cui essa deve sostenere quelle operazioni che interessano esclusivamente l'area territoriale indicata dal Programma;
8. divieto di cumulo di finanziamenti, per cui, al fine di evitare un doppio finanziamento delle medesime spese, tutti i documenti giustificativi di spesa devono essere corredati da univoci rimandi all'operazione in esame e al Programma di riferimento;
9. la stabilità delle operazioni finanziate.

Come già anticipato, nell'attuale Sistema di Gestione e Controllo associato al PO FESR Sicilia

2014/2020, le UMC sono incaricate di espletare i controlli di primo livello, in coerenza con quanto previsto dall'Articolo 125, paragrafo 5, del Regolamento (UE) 1303/2013. Si tratta di controlli relativi ai processi per i quali l'organizzazione è responsabile, svolti al fine di verificare la fornitura dei prodotti e dei servizi cofinanziati, l'effettività delle spese dichiarate in sede di rimborso, e la conformità con le norme nazionali e le norme comunitarie applicabili, nonché con i termini della decisione della Commissione che approva il Programma Operativo.

Tipicamente, i controlli di primo livello si servono di piste di controllo, check list e rapporti di controllo distinti per macro-processo (almeno tre, ovvero, la realizzazione delle opere pubbliche, l'acquisizione di beni e servizi e gli aiuti erogati a imprese e individui), e tipologia di operazioni, siano esse a regia o a titolarità.

Ai sensi dell'articolo 25, paragrafo 1, lettera i), del regolamento delegato (UE) n. 480/2014 della Commissione, la pista di controllo si atteggia a tentativo di mappare i processi favorendo la riconciliazione tra i dati relativi agli indicatori di output dell'operazione e i target finali, i dati comunicati e il risultato del Programma. Proprio il ruolo rivestito dalle piste di controllo permette di comprendere in che termini il controllo di primo livello tenda a favorire idealmente l'allineamento fra scelte strategiche e scelte operative. Tutte le verifiche di gestione svolte dalle UMC rappresentano un primo livello di screening del grado di legittimità e regolarità delle spese sostenute e devono essere concluse in tempo utile per consentire all'AdG inteso come complesso dei Dipartimenti Regionali qualificati come Centri di Responsabilità competenti per Asse Prioritario, a cui si aggiunge il Dipartimento Regionale della Programmazione nel suo duplice ruolo di Centro di Responsabilità per l'Asse Prioritario 11 (Assistenza Tecnica), e di Autorità di Coordinamento dell'AdG di trasmettere puntualmente all'Autorità di Certificazione (AdC) le dichiarazioni di spesa comprendenti gli importi, divisi per priorità e per pagamenti attestati, validati sul gestore documentale Caronte. Tale gestore, collegato al Sistema Nazionale di Monitoraggio, rappresenta il basamento su cui si innesta l'attività dell'AdC, dal momento che quest'ultima dovrà monitorare i soli importi validati sul sistema Caronte e svolgere verifiche di ricevibilità formale ed ammissibilità sostanziale sui contenuti delle dichiarazioni di spesa rese, al fine di accertare la completezza e la conformità della

documentazione trasmessa rispetto a quanto previsto dalle procedure.

Sic stantibus rebus, la pista di controllo dev'essere d'ausilio ai fini della riconciliazione fra gli importi aggregati dichiarati in sede di certificazione, i dati dettagliati riguardanti gli output e i risultati raggiunti e i documenti giustificativi conservati presso gli uffici dell'AdG, AdC e degli eventuali organismi intermedi coinvolti nella fase di implementazione del Programma.

In questo quadro, il controllo di primo livello, pur assumendo la veste operativa di controllo procedimentale, mira ad accertare che le operazioni in esame ascrivibili a quel macro-processo abbiano direttamente o indirettamente contribuito a creare valore a beneficio della collettività di riferimento.

Andando a scandagliare il piano delle verifiche di gestione tipicamente svolte dalle UMC, occorre precisare che esistono almeno due tipi di verifiche: le verifiche amministrative di tutte le domande di rimborso presentate dai beneficiari, e le verifiche in loco delle operazioni. Mentre le verifiche amministrative dovranno monitorare l'intera documentazione a supporto dell'operazione si pensi a fatture, relazioni di avanzamento o fogli presenze in vista dell'inclusione delle spese nella dichiarazione di certificazione, le verifiche in loco si atteggianno a verifiche di gestione a geometria variabile. In effetti, la natura, le caratteristiche specifiche di un'operazione, l'importo del sostegno pubblico, il livello di rischio e la mole delle verifiche amministrative sono destinate a condizionare la tempistica e la portata delle verifiche in loco. Come criterio generale, le verifiche in loco andrebbero espletate ogni qual volta l'operazione in esame è ben avviata da un punto di vista fisico e finanziario, e può essere opportuno adottare in corso d'opera misure correttive per evitare che eventuali disfunzioni rilevate possano tradursi a cascata in irregolarità

di spesa e impossibilità di procedere a certificazione. Va poi chiarito che vi è una sorta di trade-off fra le due forme di verifiche di gestione, dal momento che il potenziamento delle verifiche amministrative potrebbe rendere meno impellente la necessità di effettuare verifiche in loco. Infatti, le verifiche amministrative, nel loro decorso fisiologico, consentirebbero alle UMC di acquisire su base periodica la documentazione in possesso dell'UCO a supporto delle operazioni, e aumenterebbero le possibilità di presentare in chiusura di operazione unitamente alla domanda di rimborso una documentazione probatoria completa.

Nel complesso, come indicato nelle Linee guida per gli Stati membri sulle verifiche di gestione redatte dalla Commissione per il periodo 2014/2020, le verifiche di gestione dovrebbero accertare la presenza dei requisiti richiesti ai fini della ammissibilità ed eleggibilità della spesa. Sul piano della legittimità, le verifiche di gestione dovrebbero certificare la conformità alle condizioni stabilite dal Programma, l'adeguatezza dei documenti giustificativi di spesa e della sottostante pista di controllo, nonché l'osservanza degli obblighi in materia di sviluppo sostenibile, pari opportunità e non discriminazione e la conformità alle norme comunitarie e nazionali in materia di appalti pubblici, aiuti di stato e pubblicità. In termini più strettamente procedurali, le verifiche di gestione dovrebbero attestare i progressi fisici dell'operazione, misurati tramite indicatori di output e, se del caso, tramite indicatori di risultato, siano essi comuni o specifici per Programma Operativo. In condizione di indipendenza funzionale, l'Autorità di Audit dovrà poi in sede di controllo di secondo livello valutare la complessiva affidabilità del SIGECO associato al Programma Operativo, nonché verificare a campione la correttezza delle dichiarazioni di spesa inoltrate e la legittimità delle transazioni a cui tali dichiarazioni fanno riferimento. Occorre puntualizzare che fra l'ampiezza del campione di operazioni

controllate ed il grado di affidabilità riconosciuto al SIGECO vige un rapporto di proporzionalità inversa, assunto che il riconoscimento da parte dell' AdA di un minore grado di trasparenza e fluidità del SIGECO imporrà di procedere al monitoraggio di un campione di operazioni via via maggiore.

Dall'esame dei manuali operativi e dalle linee guida licenziate dalla Commissione, traspare in ultima istanza la concezione del controllo di primo livello quale controllo sia burocratico, in quanto controllo procedimentale teso ad assicurare il rispetto delle norme, sia manageriale (audit interno), data l'attivazione di un meccanismo di retroazione teso a incidere sul comportamento degli operatori e, a fortiori, a migliorare il rendimento del procedimento amministrativo, tenendo conto della funzionalizzazione delle mansioni poste in essere dai singoli uffici verso il perseguimento di preminenti finalità istituzionali. In tal senso, i recenti tentativi di snellimento delle procedure di controllo in essere costituiscono un'ulteriore conferma dell'anelito ad una progressiva sburocratizzazione del sistema dei controlli. In effetti, il ridimensionamento in forza del D. Lgs. 158/2019 della portata dei controlli preventivi esperiti dalla Corte dei Conti, ad oggi riservati ai soli atti normativi a rilevanza esterna, atti di programmazione comportanti spese e atti generali attuativi di norme comunitarie, si configura come un tassello di un più ampio disegno di managerializzazione del sistema dei controlli, che si intarsia, fra le altre cose, anche della riforma del sub-sistema dei controlli amministrativo-contabili esperiti dalla Ragioneria Generale della Regione Siciliana. Come dettagliato dalla circolare della Ragioneria n. 13 del 28/09/2020, a decorrere da ottobre 2020 la Ragioneria Generale della Regione è stata investita soltanto di un controllo preordinato a certificare il rispetto degli step procedurali propri di procedimenti amministrativi codificati dalla legge. Per converso, la verifica della completezza e della regolarità amministrativa dell'intera

documentazione propedeutica alla redazione di ciascun provvedimento di impegno, liquidazione o ordinazione di pagamento è stata demandata ai singoli uffici, investiti, dunque, della responsabilità di svolgere controlli auspicabilmente conformi ad un certo standard di qualità, mantenendo sullo sfondo l'ancoramento ai criteri di efficacia, efficienza, economicità, imparzialità, legalità e trasparenza statuiti dalla Legge della Regione Siciliana n.7/2019. Non vi è dubbio che il prosciugamento del bacino dei controlli preventivi di legittimità e l'eventuale attivazione di controlli successivi a campione da parte della Ragioneria Generale della Regione Siciliana a coronamento del sub-sistema dei controlli amministrativo-contabili lasciano sguarniti punti di controllo che devono essere presidiati dai singoli uffici Dipartimentali coinvolti nella realizzazione delle operazioni (in primis, UCO e UMC). Tali uffici sono chiamati, pertanto, a progredire sul fronte della responsabilizzazione attiva e dell'apprendimento organizzativo. Peraltro, la cooperazione fra l'UCO e l'UMC presso ciascun CdR darebbe maggiore impulso alla successiva attività di pertinenza dell'AdC e renderebbe meno invasivo l'intervento di audit esterno ad appannaggio dell'AdA.

In sintesi, richiamando il quadro teorico di riferimento tratteggiato in premessa, il sistema dei controlli può essere schematizzato come segue:



l'Area 7 (Controlli, Repressioni Frodi Comunitarie e Chiusura Programmi Comunitari). A quest'Area è stato assegnato il compito di rafforzare la funzione di controllo di primo livello attraverso la supervisione delle attività di competenza delle UMC e la verifica dell'adeguatezza di procedure e processi poste in essere da tali Unità. Il ruolo di cabina di regia assegnato all'Area 7 trova conferma nel riconoscimento del ruolo propulsivo dell'Area nella stesura dei modelli standard di piste di controllo distinte per maxi-processo e nella stesura del manuale che illustra le procedure e le funzioni del Sistema di Gestione e Controllo associato al Programma Operativo. Andando nel dettaglio, l'Area 7, in qualità di soggetto istituzionale dotato di una condizione di sostanziale indipendenza funzionale, è tenuta a svolgere le seguenti mansioni:

- (i) il supporto, l'affiancamento e la consulenza specialistica alle UMC dei Centri di Responsabilità (rectius, i Dipartimenti Regionali) responsabili delle attività di controllo di diretta pertinenza;
- (ii) l'aggiornamento delle risultanze confluite nel gestore documentale Caronte e la comunicazione delle irregolarità/frodi;
- (iii) il monitoraggio della qualità dei controlli di primo livello, inteso quale verifica del corretto ed esauriente svolgimento delle attività di controllo svolte dalle singole UMC all'interno dei singoli Centri di Responsabilità;
- (iv) l'espletamento di controlli di sistema tesi ad accertare la sussistenza degli standard qualitativi adottati per i controlli di primo livello svolti dalle singole UMC dislocate nei diversi Dipartimenti.

Restringendo il campo al solo controllo di sistema, va detto che, secondo il manuale dei controlli di primo livello, l'Area 7 è tenuta ad accertare, anche per il tramite di controlli a campione sulle spese controllate dalle UMC, il corretto utilizzo dei modelli di checklist, la

corretta archiviazione delle informazioni nel fascicolo di progetto e l'adeguatezza della pista di controllo. Tale controllo si pone idealmente a chiusura della fase di "audit interno", in quanto ha come obiettivo ultimo garantire la congruità delle procedure e degli strumenti adoperati dalle UMC rispetto agli interventi finanziati di pertinenza dei singoli CDR. A fortiori, si tratta di un controllo volto ad attestare che la spesa certificata abbia avuto ricadute tangibili in termini di creazione del valore a beneficio della collettività di riferimento. In termini operativi, il controllo di sistema svolto dall'Area 7 si atteggia a verifica dettagliata dell'iter procedurale seguito nell'espletamento dei controlli di primo livello da parte delle singole UMC dipartimentali. Il controllo di sistema pone, in particolare, l'accento sull'adeguatezza quali-quantitativa della dotazione organica, e sull'affidabilità delle piste di controllo adoperate dalle singole UMC in termini di rispetto delle procedure codificate ed adeguatezza degli strumenti a supporto della tracciabilità dei maxiprocessi. Inoltre, il controllo di sistema dovrebbe scandagliare il profilo della correttezza delle procedure di archiviazione e conservazione della documentazione giustificativa a supporto delle operazioni realizzate, nonché vagliare il grado di efficacia dell'operato delle singole UMC.

A latere, va precisato che all'interno della Area 7 confluisce anche l'U.O.B. A7.1. Tale unità operativa di base è UMC per ciò che concerne le operazioni di competenza del Dipartimento Regionale della Programmazione, atteso che quest'ultimo è il Centro di Responsabilità (CdR) preposto all'attuazione dell'Asse 11 (Assistenza Tecnica) di cui al POR FESR. In qualità di UMC, l'unità operativa in esame è tenuta allo svolgimento delle seguenti attività:

- (i) espletamento delle verifiche amministrative rispetto a ciascuna domanda di rimborso presentata dai beneficiari, propedeutiche alla certificazione delle spese alla UE;
- (ii) validazione sul sistema Caronte dei dati di certificazione di spesa;
- (iii) comunicazioni di eventuali irregolarità riscontrate al momento dell'effettuazione dei controlli di primo livello e predisposizione delle schede OLAF in relazione a eventuali frodi rilevate.

#### 4. Proposte di miglioramento del sistema dei controlli ex PO FESR Sicilia 2014-2020.

Traendo spunto dalla propria esperienza di formazione e lavoro presso la summenzionata UMC afferente all'Area 7, l'Autore si è sforzato di elaborare alcune considerazioni sul ruolo dell'Area 7 in seno all'architettura organizzativa del SIGECO, nonché di approntare alcuni possibili suggerimenti operativi passibili di adozione all'interno della suddetta UMC responsabile dei controlli sulle operazioni relative all'Asse 11 del PO FESR Sicilia 2014-2020, e generalizzabili alle restanti UMC preposte all'espletamento dei controlli di primo livello.

Su un piano di massima astrazione, richiamando la tripartizione del controllo esplicitata in premessa, chi scrive ritiene che sarebbe opportuno soppesare i margini di riconfigurazione del sistema di controllo in corrispondenza di ciascuna delle tre partizioni in cui viene suddivisa l'attività di controllo tout court: struttura organizzativa, struttura informativa e processo.

Restringendo il focus sul caso in esame, rispetto al processo di controllo, si registra la mancanza di un momento di raccordo fra le varie UMC, nel corso del quale l'Area 7 potrebbe dare piena esecuzione al suo ruolo di garante del corretto funzionamento del SIGECO, a presidio della cristallizzazione di un dato standard di qualità dei controlli effettuati dalle varie UMC dislocate a livello dei

singoli CdR. Invero, assunto che nei singoli CdR è ammesso il ricorso a piste di controllo che si arricchiscono di ulteriori elementi e indicazioni al fine di approntare una rappresentazione più nitida e coerente delle singole operazioni, ai sensi del manuale SIGECO, l'Area 7 deve verificare che non sia avvenuto un eccessivo discostamento dal modello predefinito di pista di controllo. Il controllo sulla qualità dei controlli esperiti dalle singole UMC si porrebbe quale azione di chiusura del sistema dei controlli, a garanzia della sana gestione finanziaria e della corretta esecuzione del Programma, con un ulteriore check sulla qualità dei rilievi mossi dalle singole UMC in merito alle fasi di selezione, attuazione e verifica delle operazioni, e certificazione dei pagamenti. Tale controllo di sistema garantirebbe una migliore performance del sistema dei controlli tout court e metterebbe al riparo da eventuali azioni dell'ADA di valutazione di rischio intrinseco e di controllo e di estrapolazione di rettifiche finanziarie in sede di controlli di secondo livello. Peraltro, il mancato espletamento della funzione di audit interno da parte dell'Area 7 spianerebbe la strada all'intervento dell'AdA che, sulla scorta di un giudizio non positivo sull'affidabilità del SIGECO, adotterebbe un intervallo di confidenza sempre maggiore (sino al 90%) per quanto concerne il campionamento di operazioni da monitorare.

Specularmente all'AdA, soggetto gerente la funzione di audit esterno (controllo di secondo livello), anche l'Area 7, in qualità di cabina di regia investita della funzione di audit interno, dovrebbe, a parere di chi scrive, innervare il proprio operato osservando gli step procedurali propri del ciclo di Deming (Plan, Do, Check e Act). Nello specifico, l'Area 7 quale soggetto deputato a monitorare l'operato delle singole UMC, in sede di espletamento dei controlli di sistema, dovrebbe realizzare i seguenti adempimenti procedurali logicamente sequenziati:

- (i) definire gli standard di qualità relativi ai controlli delle UMC, le piste di controllo standard e il campione di UMC da verificare, atteso che la scelta di quali UMC vagliare andrebbe fatta considerando errori e irregolarità riscontrate dai vari soggetti responsabili dei controlli, avanzamento finanziario delle spese certificate, volume di risorse gestito, innovatività delle procedure e numero di procedimenti attivati (PLAN);
- (ii) coordinare e supportare le attività di controllo delle UMC (DO);
- (iii) Espletamento dei controlli di qualità sui controlli svolti dalle singole UMC (CHECK);
- (iv) Adottare misure correttive per minimizzare gli scostamenti dagli standard di qualità definiti ex ante (ACT).

Sul piano della struttura organizzativa, la tesaurizzazione del ciclo di Deming comporterebbe un carico di lavoro aggiuntivo e, pertanto, imporrebbe di soppesare il dimensionamento dell'organico ad oggi operante presso l' UMC per l'asse 11 (n. 2 unità) e, complessivamente, all'interno dell'Area in cui la suddetta Unità confluisce (n. 4 unità). Partendo dall'accertamento delle esigenze funzionali che l'UOB e l'Area devono in linea teorica garantire, dall'identificazione dei processi, ossia delle sequenze di operazioni e decisioni attraverso cui essi dovrebbero dare risposta a tali esigenze, andrebbe fatta una riflessione sulla congruità della dotazione organica rispetto alle diverse posizioni di lavoro individuate, assunto che quest'ultime ricomprendono contestualmente le operazioni da svolgere, le skills richieste e il grado di autonomia decisionale riconosciuto.

Nelle more, a fronte della categorizzazione delle tipologie di operazioni da sottoporre a controllo sottesa dalla raffigurazione per maxi-processi, potrebbe essere proficuo dar corso all'assegnazione di

una specifica tipologia di controllo su una data operazione ad una singola unità della dotazione organica dell'UOB e, se del caso, dell'Area o dell'Assistenza Tecnica a supporto dell'Amministrazione. Idealmente, ciascun'unità della dotazione organica potrebbe assurgere al rango di referente unico per un dato maxiprocesso, e ciò permetterebbe di rilevare con più celerità l'impatto e la probabilità di accadimento della verifica di errore e/o dell'emersione delle due forme di rischio frodi (lordo e netto), identificate in funzione dell'incidenza del sistema di controlli. Tale modus operandi potrebbe instillare una maggiore presa di coscienza dell'iter procedurale associato a ciascun maxi-processo, assunto che tale maggiore padronanza degli step procedurali potrebbe tradursi in un surplus di efficacia ed efficienza in sede di espletamento dei controlli. D'altra parte, il livello di rischiosità di una data operazione è considerato funzione del numero di passaggi di documentazione amministrativo-contabile tra i soggetti previsti nelle piste di controllo, del numero di attività incluse nel maxi-processo, della durata dell'operazione, della dimensione finanziaria, e della esperienza pregressa del beneficiario in rapporto alla tipologia di operazione. Cionondimeno, a fronte di una maggiore autonomia operativa concessa nello svolgimento delle singole mansioni, occorrerebbe non perdere di vista l'inevitabile necessità di dare maggiore impulso al momento del raccordo intra-dipartimentale, permettendo ai singoli lavoratori di confrontarsi fra loro, di condividere problematiche operative e proposte di miglioramento. Con specifico riferimento alla risoluzione di problematiche operative e di questioni di stampo strettamente amministrativo, disporre di un supporto giuridico ad hoc quale l'Assistenza Tecnica potrebbe essere di ausilio in sede di accertamento della conformità alla normativa in materia di appalti, e potrebbe dirimere alcuni dubbi in sede di compilazione delle checklist di controlli.

In prospettiva, una schematizzazione dell'agire amministrativo del tipo Input → Processo → Output → Outcome quest'ultimi intesi come effetti condivisi da una platea variegata di stakeholders che si traducono in un'influenza sui comportamenti economici e sociali e in ricadute rilevanti sul contesto di riferimento in termini di soddisfacimento dei bisogni potrebbe proficuamente orientare un'opera di reingegnerizzazione dei meccanismi di premialità, quest'ultimi inquadrati come una potente leva attraverso cui favorire l'infittimento di proficui interscambi informativi fra UCO e UMC in ciascun CdR. Invero, il progetto di retribuzione del lavoro straordinario denominato Easy Go avviato nel Dipartimento Regionale della Programmazione potrebbe essere una potentissima leva da azionare al fine di dare impulso all'avanzamento del Programma Operativo, specie se ne viene prospettato l'ancoramento ad indicatori quali:

- (i) indicatori di attività, incentrati sui volumi di attività realizzati;
- (ii) indicatori di efficacia, tesi ad attestare la rispondenza fra prestazioni effettive e prestazioni programmate, per esempio mettendo in raffronto l'ammontare delle somme portate a certificazione con un target definito su base annua;
- (iii) indicatori di efficienza, tesi a rapportare fra loro i risultati ottenuti e i costi sostenuti o le unità fisiche dei fattori produttivi impiegati (ad esempio, le ore lavoro);
- (iv) indicatori di qualità, ove il concetto di qualità delle prestazioni va declinato come qualità in sé del servizio reso rispetto ad esempio ad alcune best practices consolidate, o qualità definita in termini relazionali come grado di rispondenza alle attese dei destinatari/clienti esterni, per cui, a titolo esemplificativo, si potrebbe costruire un indicatore di qualità destinato a scandagliare la quota di documentazione caricata sul gestore documentale Caronte, assunto che il reperimento della

documentazione probatoria è essenziale ai fini dei controlli di primo livello.

Sul piano della struttura informativa, il venir meno dei controlli preventivi di legittimità della Corte dei Conti su taluni atti, così come il ridimensionamento della portata dei controlli di regolarità amministrativo-contabile della Ragioneria, andrebbero ricondotti ad un complessivo disegno di semplificazione delle piste di controllo, che potrebbe permettere di inanellare un surplus di trasparenza delle procedure. Come già anticipato in precedenza, la compressione dell'ambito dei controlli esterni richiederebbe come contraltare una valorizzazione del momento dell'audit interno all'insegna di una sempre maggiore cooperazione fra UCO e UMC secondo logiche di governance.

Alcuni validi spunti nell'opera di razionalizzazione delle piste di controllo potrebbero essere derivati dall'osservazione dei meccanismi operativi propri della Regione Basilicata, regione obiettivo convergenza benché a titolo transitorio (phasing out), e prima regione del Mezzogiorno per quota di spesa portata a certificazione, come traspare dalle statistiche fornite dall'Agenzia per la Coesione Territoriale.

In effetti, pur nella consapevolezza che sussista un netto dislivello fra la dotazione finanziaria del PO FESR della Regione Basilicata, pari a circa 551 milioni, e quella propria del PO FESR della Regione Sicilia, pari a 4,5 miliardi di euro, potrebbe essere proficuo mutuare la buona prassi di includere nelle piste di controllo una tabella documentale che illustra il responsabile del controllo, il tipo di controllo da espletare e la documentazione richiesta, nonché il responsabile preposto alla conservazione dei documenti giustificativi a sostegno dell'operazione. Una tabella così strutturata valorizzerebbe ulteriormente lo status della pista di controllo quale tracciato di riferimento per ogni maxi-processo, costellato da vari punti di misura, intesi come snodi

procedimentali, in corrispondenza dei quali diventa essenziale raccogliere misure di elementi chiave (input, volume di attività, risorse) e verificare la congruenza di tali misure rispetto agli standard o agli obiettivi definiti a monte.

Ancora, potrebbe essere una felice intuizione istituzionalizzare la buona pratica di inserire nelle checklist una scheda di rendicontazione comprendente tutta la documentazione giustificativa a supporto della corresponsione dei pagamenti, nonché una tabella documentale che riepiloga il percorso logico-cronologico che ha scandito l'effettuazione delle operazioni.

Restando sull'opportunità di intervenire sulle checklist, in merito alle operazioni di carattere strumentale, potrebbe essere utile inserire delle domande ove si attesti la possibilità per alcune operazioni di essere sprovviste di uno specifico indicatore di monitoraggio fisico, atteso il loro rapporto di strumentalità rispetto alle altre operazioni afferenti al medesimo Asse Prioritario e, di conseguenza, il loro contributo all'avanzamento di un indicatore di realizzazione tout court.

Sul piano della gestione documentale, potrebbe essere proficuo utilizzare una codifica omogenea per la documentazione presente su Caronte, al fine di favorire il pronto reperimento dei documenti richiesti e la verifica del loro caricamento sul gestore documentale, con l'accertamento della corretta allocazione nella sezione di diretta pertinenza. Il tempestivo caricamento della documentazione su Caronte certificato dal reperimento dell'ossatura documentale dell'operazione snellirebbe notevolmente la procedura dei controlli, in vista dell'espletamento dell'attività dell'AdC, per cui ai fini della corretta conclusione della domanda di rimborso, come già esposto in precedenza, è richiesta la pronta disponibilità di tutta la documentazione associata alle fasi di impegno e liquidazione della spesa, nonché degli ordinativi di pagamento correlati. In questa

prospettiva, un forte impulso in termini di celerità nel caricamento della documentazione potrebbe essere dato dall'avvio di un regime di interoperabilità dettagliato nella Circolare della Ragioneria Generale n. 11/2020 del 10/08/2020 fra il gestore Caronte ed il Sistema di Contabilità SIC, la piattaforma utilizzata dalla Ragioneria Generale in sede di contabilizzazione di impegni e ordinativi di pagamento, ai fini dell'espletamento dei controlli di regolarità amministrativo-contabile ad essa spettanti.

## 5. Conclusioni.

L'analisi del sistema dei controlli ex Programma Operativo FESR Sicilia 2014-2020 permette di comprendere in che termini il modello burocratico andrebbe ridimensionato in nome di una progressiva managerializzazione imperniata su una responsabilizzazione dei risultati. Invero, in seno al modello burocratico la responsabilizzazione puntiforme per singolo atto e l'aggregazione di compiti secondo criteri di omogeneità prestano il fianco a rilevanti problemi in fase di coordinamento dei contributi dei vari uffici, sfociando inesorabilmente in un allungamento dei tempi di esecuzione, nonché, talvolta, nello sviluppo di sequenze procedurali irrazionali che si concludono in infruttuosi ritorni alla casella di partenza. Date queste premesse, il perseguimento delle finalità istituzionali e, in ultima istanza, il soddisfacimento dei bisogni che la collettività manifesta nei confronti di una data Amministrazione richiedono in sede di espletamento dell'attività di controllo l'internalizzazione di una logica di governance. Se infatti il modello burocratico tradizionalmente associato alla P.A. è incardinato su un'eccessiva frammentazione delle mansioni che rischia di far perdere di vista le strette interdipendenze fra di esse, una managerializzazione del sistema dei controlli all'insegna di una sempre maggiore responsabilizzazione sui risultati e di una

semplificazione delle dinamiche relazionali fra le unità organizzative potrebbe permettere di superare definitivamente il fideistico affidamento al criterio di specializzazione tecnico-operativa.

La soluzione dei singoli problemi che attanagliano un'Amministrazione non può rintracciarsi nella semplice esistenza di ruoli e contro-ruoli, ma va, invece, ricercata nella capacità di mobilitare soggetti che agiscono con vesti differenti all'interno della medesima organizzazione. Tale capacità di mobilitazione andrebbe fondata non sulla pretesa intrinseca razionalità amministrativa, tecnica ed economica che traspare dal formalismo burocratico, bensì sulla capacità di creare convergenze parallele, se del caso, servendosi di meccanismi di premialità e incentivi, in nome della realizzazione di quelle preminenti finalità istituzionali che costituiscono la ragion d'essere dell'Amministrazione.

Assunto il ruolo nevralgico svolto dall'attività di controllo nel tentativo di favorire l'insinuarsi di una perdurante condizione di razionalità amministrativa, le proposte di miglioramento dettagliate nella sezione precedente lasciano intendere il convincimento che il ruolo dell'Area 7 quale garante della funzione di "audit interno" andrebbe consolidato in forza dei progressi ottenuti in corrispondenza delle tre componenti di un sistema di controllo: processo di controllo, struttura organizzativa e struttura informativa.

Rispetto al processo di controllo, può essere proficuo ricorrere al ciclo di Deming nell'espletamento di controlli di sistema ad opera di chi, investito delle funzioni di meta-governance, è tenuto a verificare che i diversi Uffici di Controllo dislocati all'interno di una stessa Amministrazione abbiano espletato le loro attività nel rispetto degli standard qualitativi codificati ex lege.

Sul piano della struttura organizzativa del controllo, dal caso in esame traspare l'opportunità di sollecitare una riconfigurazione del sistema di meccanismi di premialità che ricalchi una



















































































































































































































































































































































































































































































































