

Prot. n. 217/C/2019

Preg.mi Sigg.
Titolari e/o Legali Rappresentanti
delle Imprese associate
LORO SEDI

Ragusa, 1 Agosto 2019

Oggetto: **Adottate le linee guida ANAC sul conflitto di interesse.**

L'ANAC ha adottato le linee guida n. 15 volte a individuare e contrastare i conflitti di interesse all'interno degli appalti pubblici. Trattasi di atto non vincolante adottato nell'esercizio dell'attività di supporto alle stazioni appaltanti, di cui all'art. 213 c.c.p..

Come noto, il conflitto di interessi attiene alla lesione dell'interesse funzionalizzato di un dipendente pubblico dovuto al sussistere di interessi personali, economici o di altro genere, divergenti. Al contrario di quanto previsto in relazione alle fattispecie corruttive, affinché, infatti, sussista un conflitto di interesse, non è richiesto il concretizzarsi dell'indebito vantaggio mediante la realizzazione di una condotta impropria del funzionario, bensì unicamente una situazione in cui un funzionario pubblico potrebbe avere l'opportunità di anteporre i propri interessi ai propri obblighi professionali. Il preponderante ingresso della tematica del conflitto di interessi all'interno del settore dei lavori pubblici avviene con il nuovo codice dei contratti pubblici che, all'articolo 42, recepisce quanto affermato dalle direttive comunitarie del 2016, con alcune innovazioni.

Di seguito sono elencati i contenuti delle Linee guida, ritenuti di particolare interesse per quanto concerne gli operatori economici.

*** Prevalenza della norma speciale del codice dei contratti (punto 1)**

Le linee guida specificano che, con riferimento alla procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni, le previsioni dell'articolo 42 c.c.p. siano da considerarsi prevalenti, laddove contrastanti con disposizioni contenute in altre disposizioni vigenti.

*** Definizione di conflitto di interesse (punto 2)**

Secondo ANAC, il conflitto di interesse è quella condizione giuridica che si verifica quando, all'interno della P.A., lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario pubblico che vanti, o che potrebbe vantare, interessi propri la cui soddisfazione implichi una diminuzione dell'interesse funzionalizzato.

La nozione di conflitto di interesse non ha un contenuto tassativo, traendo origine dal principio generale di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art 97 Cost., che prevede non solo il divieto per il funzionario pubblico di compiere, in nome e per conto dell'ente di appartenenza, atti da cui derivino vantaggi propri o di terzi, ma anche proteggere l'interesse immateriale della PA al mantenimento di un'immagine imparziale.

L'ANAC, al riguardo, richiama l'art. 6 bis della legge n.241/1990 e l'art. 53 del D.lgs. n 165/2001, a chiarire che rischio della lesione dell'interesse funzionalizzato può essere anche soltanto potenziale e valutato ex ante rispetto all'azione amministrativa.

L'ANAC richiama altresì le differenti fattispecie di conflitto di interesse desumibili da un'analisi dell'articolo 42 c.c.p..

Tale norma, in particolare, impone l'astensione del dipendente pubblico nei casi in cui abbia, direttamente od indirettamente interessi propri di natura finanziaria, economica, o di altra natura personale che possa essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità ed indipendenza nel contesto della procedura di appalto o concessione. Oltre alle situazioni richiamate dall'articolo 42, il conflitto di interesse sussiste anche nelle ipotesi tipizzate all'articolo 7 del DPR n. 16 aprile 2013 n. 62, ivi compresa l'ipotesi residuale, ivi indicata, di esistenza di gravi ragioni di convenienza.

*** Ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 42 c.c.p. (punto 3)**

L'articolo 42 c.c.p. trova applicazione a tutti i contratti di appalto e concessione, sia sopra che sotto soglia comunitaria.

Si applica altresì ai settori speciali nonché ai settori esclusi, quest'ultimi in quanto espressione dei principi di parità di trattamento di cui all'articolo 4 del codice stesso.

Inoltre, proprio in virtù al richiamo all'articolo 4, la norma trova applicazione anche alla fase di esecuzione dei contratti pubblici.

*** Ambito soggettivo di applicazione (punto 4)**

La norma di cui all'articolo 42 c.c.p. trova applicazione nei confronti sia di dipendenti in senso stretto (ossia legati all'ente di appartenenza da contratto di lavoro subordinato) sia di tutti i soggetti che, in ogni caso, siano in grado di impegnare l'ente nei confronti di terzi e rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna.

Tali soggetti possono essere coinvolti in una qualsiasi della fase di gestione dell'appalto.

La norma si applica anche ai commissari ed ai segretari delle commissioni giudicatrici, in virtù dell'esplicito riferimento previsto all'articolo 77 c.c.p. e fatte salve le cause di incompatibilità ivi previste.

*** Dichiarazione sostitutiva relativa alla singola gara e conseguenze in caso di omissione (punti 6 e 7)**

I soggetti sopra menzionati, laddove si trovino in una situazione di conflitto di interessi rispetto ad una specifica procedura di gara, devono rendere una dichiarazione al RUP sostitutiva di atto di notorietà e di certificazione ai sensi del DPR n. 445/2000.

Oggetto di tale dichiarazione, la cui presentazione costituisce un presupposto necessario per il conseguimento dell'incarico, sarà quindi ogni situazione potenzialmente idonea a porre in dubbio la sua imparzialità ed indipendenza. Il controllo sulla veridicità delle dichiarazioni viene effettuato a campione secondo quanto riportato all'articolo 47 del DPR n. 445/2000.

Laddove un potenziale conflitto insorga successivamente al conferimento dell'incarico è fatto altresì obbligo di comunicazione al responsabile dell'ufficio di appartenenza ed al RUP.

Gravi le conseguenze della mancata comunicazione, punita, per i dipendenti pubblici, quale comportamento contrario a dovere d'ufficio e sanzionabile ai sensi dell'art. 16 del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62.

*** L'esclusione dalla gara del concorrente in conflitto di interesse (punto 9)**

L'articolo 80 comma 5 lett. d), com'è noto, sanziona con l'esclusione dalla gara l'operatore economico che, con la sua partecipazione alla procedura, determini una situazione di conflitto di interesse a norma dell'articolo 42 c.c.p. non altrimenti risolvibile.

ANAC chiarisce che l'esclusione del concorrente **rappresenta un'extrema ratio** e può seguire solo ad un'impossibilità oggettiva sia di sostituzione del soggetto in conflitto di interesse sia l'avocazione dell'attività al responsabile del servizio, sia, ancora, il ricorso a formule organizzative alternative previste dal codice. Tale impossibilità deve essere oggettiva, assoluta puntualmente dimostrata e motivata.

Se tali condizioni si verificano in fase di esecuzione, la stazione appaltante, previa ponderazione degli interessi coinvolti, effettua le valutazioni di competenza in ordine all'annullamento dell'aggiudicazione o alla risoluzione del contratto.

FOCUS

Al riguardo, è doveroso ribadire quanto affermato al riguardo dal Consiglio di Stato, che, nel parere reso sulle presenti Linee guida (Cons. St., sez. cons. atti norm., 5 marzo 2019, n. 667) ha chiarito che la norma di cui all'articolo 42 c.c.p. **riguardando unicamente i soggetti che operano per la stazione appaltante, non può avere l'effetto di far quindi ricadere sull'operatore economico situazioni critiche in cui versi il dipendente pubblico,** pena il verificarsi di effetti distorsivi della concorrenza ed in contrasto con principio di parità di trattamento.

Il Consiglio di Stato ha altresì chiarito che al **concorrente non spetta alcun onere di eliminare il conflitto di interesse**, compito, quest'ultimo, ricadente unicamente sul funzionario pubblico – con correlato obbligo di dichiarare ogni condizione rilevante – e sulla stazione appaltante, tenuta a garantire all'operatore economico la realizzazione del suo interesse legittimo alla partecipazione alle gare (e quindi, al conseguimento di un bene della vita sottostante, e la cui tutela è ascrivibile, peraltro, anche all'articolo 41 della costituzione).

Laddove, invece, si facesse ricadere sull'operatore economico l'onere di risolvere il conflitto di interessi, quest'ultimo, per evitarlo, potrebbe unicamente non partecipare alla gara.

In tal modo, tuttavia, lo stesso dovrebbe rinunciare all'esercizio di un suo interesse legittimo (quello alla partecipazione alla gara), cui non può venir privato per la semplice sussistenza di situazioni ascrivibili ad un dipendente pubblico e delle quali, oltretutto, l'operatore economico ben potrebbe non essere a conoscenza. Ad esempio, secondo il Consiglio di Stato, mere carenze organizzative della stazione appaltante, atte a rendere impossibile la sostituzione del funzionario in conflitto, non costituiscono ipotesi di impossibilità oggettiva. La Pubblica amministrazione, infatti, è infatti sempre tenuta a garantire l'organizzazione ed il funzionamento della stazione appaltante in modo che lo stesso risulti idoneo al conseguimento degli interessi legittimi dei cittadini.

Quanto poi **all'applicazione della risoluzione del contratto in virtù della sussistenza di un conflitto di interessi non altrimenti risolvibile**, si sottolinea come tale fattispecie non sia ricompresa tra i casi, indicati all'articolo 108 c.c.p., che autorizzano la stazione appaltante a risolvere un contratto.

Del resto, l'impossibilità di sostituzione del funzionario in conflitto di interessi non può implicare un grave inadempimento dell'operatore economico, in quanto, come sopra argomentato anche dallo stesso Consiglio di Stato, la risoluzione del conflitto di interesse è onere della stazione appaltante.

Nel caso in cui, pertanto, nell'ipotesi estremamente residuale in cui la stazione appaltante non sia in grado di risolvere la situazione di conflitto di interesse, al fine di tutelare il prevalente interesse all'imparzialità della stazione appaltante, potrebbe risultare preferibile seguire la via, più garantista per l'operatore economico, del recesso ex art 109 c.c.p..

*** La prevenzione - Individuazione degli eventi rischiosi (punto 10)**

Secondo ANAC, è compito delle stazioni appaltanti individuare gli eventi rischiosi nelle varie fasi delle procedure di gara e le relative misure di prevenzione.

Per le stazioni appaltanti tenute al rispetto della legge 6 novembre 2012, n. 190 (legge anticorruzione) tale indicazione è data nel PTPC all'interno della mappatura dei processi nell'area di rischio "contratti pubblici".

L'individuazione delle situazioni di rischio può essere effettuata sulla base delle indicazioni esemplificative contenute nella tabella presente nelle linee guida e riferite a ciascuna fase della procedura di gara.

*** La prevenzione - Protocolli di legalità/ patti di integrità/bandi di gara (punto 11)**

ANAC suggerisce alle stazioni appaltanti di inserire nei protocolli di legalità e/o nei patti di integrità, di specifiche prescrizioni a carico dei concorrenti e dei soggetti affidatari mediante cui si richiede la preventiva dichiarazione circa la sussistenza di possibili conflitti di interesse rispetto ai soggetti che intervengono nella procedura di gara o nella fase esecutiva e la comunicazione di qualsiasi conflitto di interesse che insorga successivamente.

Inoltre, si raccomanda di prevedere, nei protocolli di legalità e/o nei patti di integrità, sanzioni a carico dell'operatore economico, sia in veste di concorrente che di aggiudicatario, nel caso di violazione degli impegni sottoscritti, secondo la gravità della violazione accertata e la fase in cui la violazione è posta in essere, oltre che nel rispetto del principio di proporzionalità.

La Stazione appaltante valuta il comportamento del concorrente anche ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c-bis) del codice dei contratti pubblici, tenuto conto anche della natura del conflitto non dichiarato e delle circostanze che hanno determinato l'omissione.

FOCUS

La valutazione delle circostanze che hanno determinato l'omissione dichiarativa deve considerare che l'operatore economico è tenuto e può unicamente dichiarare quanto a sua conoscenza, ai sensi dell'articolo 47 D.P.R. n. 445/2000.

Tale ultima precisazione appare oltremodo importante atteso che ben potrebbe accadere che un soggetto non sia a conoscenza dell'eventuale situazione di conflitto del dipendente pubblico, attesa altresì l'indefinita casistica riconducibile alla definizione di conflitto di interesse.

*** Attività formative e di sensibilizzazione del personale (punto 12)**

ANAC raccomanda alle stazioni appaltanti di intraprendere adeguate iniziative per dare conoscenza al personale dell'obbligo di astensione, delle conseguenze scaturenti dalla sua violazione e dei comportamenti da seguire in caso di conflitto di interesse. Ciò con particolare con riferimento ai dirigenti e ai titolari di posizioni organizzative o di funzioni di coordinamento.

Per esigenze di certezza del diritto e per responsabilizzare i soggetti coinvolti, le sanzioni applicabili vanno richiamate nel testo della dichiarazione sostitutiva sulle situazioni di conflitto di interesse, oltre che nel Piano triennale di prevenzione della corruzione e nei patti di integrità/protocolli di legalità.

L'attività formativa può essere prevista nell'ambito delle iniziative di formazione contemplate nel Piano triennale per la prevenzione della corruzione e nel Piano triennale della formazione.

In allegato le Linee Guida ANAC n. 15.

Cordialità

ANCE RAGUSA
Il VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)