



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

ICE di Berlino

AG/2/2015/AC
04/02/2015

Oggetto: Istanza prot. n. 89874 del 12 agosto 2014. Richiesta di parere formulata dall'Agenzia per la promozione all'estero e l'internazionalizzazione delle imprese italiane (ICE) di Berlino in ordine all'introduzione nei bandi di gara e nelle lettere di invito, pena l'esclusione della gara, di una dichiarazione ai sensi dell'art. 53, comma 16 *ter* del d.lgs. n. 163/2006

In esito a quanto richiesto con nota prot. n. 89874 del 12 agosto 2014, si comunica che il Consiglio dell'ANAC – nell'adunanza del 4 febbraio 2015 – ha approvato le seguenti considerazioni.

Con l'istanza di parere in oggetto, l'ICE di Berlino ha evidenziato a questa Autorità che la sede centrale ICE, in virtù di quanto previsto dall'art. 53, co. 16 *ter* del d.lgs. n. 165/2001, ha disposto l'introduzione nei bandi di gara e nelle lettere di invito, pena l'esclusione della gara, di una dichiarazione con la quale i partecipanti attestano di non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e comunque di non avere attribuito incarichi ad ex dipendenti ICE che abbiano esercitato, negli ultimi tre anni di servizio, poteri autoritativi o negoziali.

L'istante osserva, al riguardo, che i dipendenti ex ICE con poteri negoziali o autoritativi sono solo i dirigenti e i funzionari di ruolo e che, quindi, il numero dei potenziali interessati dalla predetta disposizione normativa è esiguo (non più di cinque). Si precisa, altresì, che in Germania non esiste una normativa omologa e che, dunque, difficilmente sarà possibile ottenere la suddetta dichiarazione dagli operatori economici tedeschi.

Alla luce di ciò, è stato chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla possibilità di stipulare il contratto anche in caso di rifiuto espresso o tacito di rendere la richiamata dichiarazione, soprattutto nei casi in cui i fornitori possibili siano in numero limitato o esista un unico fornitore. Viene paventato, altresì, un rischio di sostanziale blocco delle attività, tenuto conto, infine, che l'ICE di Berlino stipula diverse centinaia di contratti all'anno, quasi tutti di importo pari a centinaia o migliaia di euro.

* * *

La questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità dall'ICE di Berlino attiene all'applicazione dell'art. 53, comma 16-*ter* del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 («norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche») nell'ambito di procedure di affidamento di contratti pubblici da esperirsi in Paesi esteri.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La disamina di tale problematica richiede una preliminare riflessione in ordine alla disciplina dettata dal citato art. 53, comma 16-*ter* del d.lgs. 165/2011.

Tale disposizione normativa, introdotta dall'art. 1, comma 42, della l. 190/2012, statuisce che «I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti».

La norma, con finalità di prevenzione, mira a ridurre il rischio di situazioni di corruzione connesse all'impiego del dipendente successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro. Si intende, dunque, evitare che, durante il periodo di servizio, il dipendente stesso possa preconstituirsì delle situazioni lavorative vantaggiose sfruttando la sua posizione ed il suo potere all'interno dell'amministrazione per ottenere un lavoro presso il soggetto privato in cui entra in contatto.

La disposizione prevede, quindi, in caso di violazione del divieto ivi previsto, le specifiche sanzioni della nullità del contratto e del divieto per i soggetti privati che l'hanno concluso o conferito, di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con contestuale obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti ed accertati ad essi riferiti.

Al fine di individuare l'ambito di applicabilità della norma, occorre sottolineare che la stessa è riferita espressamente ai *dipendenti*, per individuare i soggetti cui è precluso avere rapporti professionali con i privati destinatari dell'esercizio delle loro funzioni, nei tre anni successivi alla conclusione del rapporto di lavoro; la norma utilizza poi i termini *servizio* e cessazione del *pubblico impiego*, quasi a riferirsi esclusivamente ai dipendenti a tempo indeterminato delle pubbliche amministrazioni. E' evidente che una simile interpretazione non appare in linea con la *ratio* della disposizione in esame, tesa ad evitare ed a prevenire condizionamenti nell'esercizio di pubbliche funzioni e, pertanto, alla stessa deve darsi un'interpretazione ampia, tale da ricomprendere anche i soggetti legati alla PA da un rapporto di lavoro a tempo determinato o autonomo.

E' quanto chiarito, peraltro, dall'art. 21 del d.lgs. 8 aprile 2013 n. 39 (recante «disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'art. 1, commi 49 e 50 della legge n. 190/2012»), a tenore del quale «ai soli fini dell'applicazione dei divieti di cui al comma 16-*ter* dell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo. Tali divieti si applicano a far data dalla cessazione dell'incarico».

Con tale disposizione normativa il legislatore ha voluto, quindi, ampliare la sfera dei destinatari della norma stessa, equiparando al dipendente pubblico, anche i soggetti esterni con cui la PA stipula contratti di lavoro di diritto privato.

Ai fini delle prescrizioni e dei divieti contenuti nell'art. 53, comma 16 *ter* del d.lgs. 165/2001, pertanto, devono considerarsi *dipendenti* della PA anche i *soggetti titolari di uno degli incarichi* di cui al citato decreto 39/2013, ivi compresi i soggetti *esterni* con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo.

In particolare, per quanto riguarda i *titolari degli incarichi*, cui l'art. 21 del predetto decreto legislativo si riferisce, si rinvia alle definizioni enunciate dall'art. 1, comma 2, dello stesso d.lgs. 39/2013, ed in particolare:

- gli «incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati», con cui si intendono le «cariche di presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato, le posizioni di dirigente, lo svolgimento stabile di attività di consulenza a favore dell'ente» (art. 1, comma 2, lett. e);
- gli «incarichi amministrativi di vertice» e cioè «gli incarichi di livello apicale, quali quelli di Segretario generale, capo Dipartimento, Direttore generale o posizioni assimilate nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato in controllo pubblico, conferiti a soggetti interni o esterni all'amministrazione o all'ente che conferisce l'incarico, che non comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione» (art. 1, comma 2, lett. i);
- gli «incarichi dirigenziali interni» e, dunque, «gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a dirigenti o ad altri dipendenti, ivi comprese le categorie di personale di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001, appartenenti ai ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico ovvero al ruolo di altra pubblica amministrazione» (art. 1, comma 2, lett. j);
- gli «incarichi dirigenziali esterni» e cioè «gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a soggetti non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti di pubbliche amministrazioni» (art. 1, comma 2, lett. k);
- infine, gli «incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico», con cui si intende far riferimento agli «incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico» (art. 1, comma 2, lett. l).

L'art. 21 del d.lgs. 39/2013 precisa al riguardo che i divieti di cui all'art. 53, comma 16-*ter* d.lgs. 165/2011, si applicano a far data dalla cessazione dell'incarico.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In secondo luogo, l'art. 53, comma 16-ter del d.lgs. 165/2001 fa riferimento ai dipendenti che negli ultimi tre anni *hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni*.

Al fine di comprendere il significato di tale definizione, sembra utile sottolineare che (come chiarito in dottrina) il potere autoritativo della PA si estrinseca nell'adozione di provvedimenti amministrativi atti ad incidere unilateralmente modificandole, sulle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari. In altre parole la PA agente può introdurre nella sfera giuridica altrui un regolamento di interessi, senza che sia necessario il consenso o la collaborazione del soggetto titolare della stessa (laddove manchi l'autoritarità non si è in presenza di un provvedimento amministrativo ma di soluzioni pattizie, come accordi o convenzioni, in cui l'assetto degli interessi è regolato in termini consensuali tra le parti). Il potere autoritativo è comunque subordinato al rispetto del principio di legalità.

Nella generalità dei casi la PA esercita poteri autoritativi, tuttavia l'art. 1, comma 1-bis l. 241/1990 – a tenore del quale «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»– consolida la valorizzazione dell'attività di diritto privato della stessa (pur legata al perseguimento del pubblico interesse), riconoscendo in capo alla PA una piena capacità contrattuale, comprensiva anche del potere di ricorrere a contratti che non appartengono ai tipi disciplinati dalla legge. Alla PA è quindi riconosciuta la facoltà di curare l'interesse pubblico instaurando rapporti di carattere privatistico con i soggetti interessati, su un piano di parità, in alternativa all'utilizzo dello strumento procedimentale e del provvedimento unilaterale, mediante atti a contenuto negoziale.

Da quanto sopra rappresentato, può dedursi che i dipendenti con *poteri autoritativi e negoziali*, cui fa riferimento l'art. 53, comma 16-ter del decreto citato, sono quelli che esercitano *concretamente ed effettivamente*, per conto della PA, i poteri sopra descritti.

Si tratta, nella specie, di coloro i quali emanano provvedimenti amministrativi per conto dell'amministrazione e perfezionano negozi giuridici attraverso la stipula di contratti in rappresentanza giuridica ed economica dell'ente.

Possono rientrare in tale categoria, a titolo esemplificativo, i dirigenti e coloro i quali svolgono incarichi dirigenziali, ad esempio, ai sensi dell'art. 19, comma 6 del d.lgs. 165/2001 o ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. 267/2000 (TUEL), nonché coloro i quali esercitano funzioni apicali o ai quali sono stati conferite specifiche deleghe di rappresentanza all'esterno dell'ente.

Ciò può evincersi anche dal Piano Nazionale Anticorruzione (All. 1, par. B. 10 - dedicato allo svolgimento di attività successiva alla cessazione del rapporto di lavoro di cui all'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001) il quale specifica che i «dipendenti interessati sono coloro che per il ruolo e la posizione ricoperti nell'amministrazione hanno avuto il potere di incidere in maniera determinante sulla decisione oggetto dell'atto e, quindi, coloro che hanno esercitato la potestà o il potere negoziale con riguardo allo specifico procedimento o procedura (dirigenti, funzionari titolari di funzioni dirigenziali, responsabile del procedimento nel caso previsto dall'art. 125, commi 8 e 11 del d.lgs. n. 163/2006)».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Con riferimento ai *soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri* (autoritativi e negoziali), presso i quali i dipendenti, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, non possono svolgere attività lavorativa o professionale, la norma, nella sua genericità, sembrerebbe ricomprendere esclusivamente soggetti quali società, imprese, studi professionali ecc.

Invero, la nozione di *soggetti privati* andrebbe interpretata nei termini più ampi possibili, ricomprendendovi anche i soggetti formalmente privati ma partecipati o in controllo pubblico in quanto, una loro esclusione determinerebbe, oltre una ingiustificata limitazione del campo applicativo della norma, anche situazioni di disparità di trattamento, in violazione dei principi della concorrenza e di parità delle condizioni. A ciò si aggiunga che il divieto ivi previsto dovrebbe riferirsi esclusivamente ai soggetti nei confronti dei quali i dipendenti in parola abbiano *effettivamente e concretamente* esercitato i poteri autoritativi e negoziali (emesso un provvedimento, escluso da una gara, adottato atti di vigilanza e controllo, stipulato un contratto, ecc.).

Il divieto potrebbe, altresì, essere esteso anche nei confronti dei soggetti che *potenzialmente* avrebbero potuto essere destinatari dei predetti poteri e che avrebbero realizzato il proprio interesse proprio nell'*omesso* esercizio degli stessi.

Un'ulteriore riflessione merita il limite temporale fissato dal divieto: esso concerne solo i poteri autoritativi e negoziali esercitati nei tre anni precedenti alla cessazione del servizio, ed opera solo nei tre anni successivi a detta cessazione. Tale previsione si basa su due ordini di ragioni: da una parte, prevedere una soglia temporale che consenta di contemperare le esigenze di imparzialità del servizio con l'interesse dei soggetti di intrattenere rapporti di impiego e professionali, tenuto conto che il divieto, peraltro, opera una volta che il rapporto di servizio è venuto meno; dall'altra parte, prevedere una soglia temporale adeguata a ritenere non più idonea l'eventuale posizione di interesse creatasi nel periodo di svolgimento delle funzioni pubbliche a recare pregiudizio all'imparzialità della PA.

La norma dispone, infine, di un apparato sanzionatorio a supporto dell'effettività della stessa. Sono previste, infatti, tre tipologie di misure. Le prime due misure prevedono la nullità dei contratti conclusi e degli incarichi conferiti in violazione della norma, nonché il divieto, per il soggetto privato che ha concluso tali contratti o conferito detti incarichi, di contrattare con le pubbliche amministrazioni. La terza misura prevede, invece, l'obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati per lo svolgimento dell'attività lavorativa o professionale a favore del soggetto privato.

Si tratta di un corredo sanzionatorio in relazione al quale possono rilevarsi delle criticità: la previsione dell'obbligo di restituzione dei compensi determina conseguenze negative solo per il dipendente e non anche per la controparte che ne ha, invece, tratto beneficio; dubbi poi potrebbero avanzarsi su un'eventuale non conformità della misura sanzionatoria con le previsioni dell'art. 2126 c.c. e dell'art. 36, comma 1 della Cost.

Sempre con riferimento alla norma in esame ed al fine di definire la questione sottoposta all'attenzione di questa Autorità dall'ICE di Berlino, occorre sottolineare che a seguito dell'entrata in vigore della



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

legge anticorruzione, anche il Piano Nazionale Anticorruzione ha dato rilevanza all'art. 53, comma 16 *ter* del decreto citato, per le chiare finalità di prevenzione della corruzione perseguite dalla stessa.

Il PNA, infatti, ha previsto l'inserimento della condizione soggettiva di cui alla citata norma nei bandi di gara o negli atti prodromici agli affidamenti e la sanzione dell'esclusione dalle procedure di affidamenti, anche mediante procedura negoziata nei confronti dei soggetti per i quali sia emerso il mancato rispetto del requisito prevista dalla norma.

In particolare, nel par. 3.1.9 del PNA si legge che le PA di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 devono impartire direttive interne affinché «nei contratti di assunzione del personale sia inserita la clausola che prevede il divieto di prestare attività lavorativa (a titolo di lavoro subordinato o di lavoro autonomo) per i tre anni successivi alla cessazione del rapporto nei confronti dei destinatari di provvedimenti adottati o di contratti conclusi con l'apporto decisionale del dipendente; nei bandi di gara o negli atti prodromici agli affidamenti, anche mediante procedura negoziata, sia inserita la condizione soggettiva di non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e comunque di non aver attribuito incarichi a ex dipendenti che hanno esercitato poteri autoritativi e negoziali per conto delle pp.aa nei loro confronti per il triennio successivo alla cessazione del rapporto; sia disposta l'esclusione dalle procedure di affidamento nei confronti dei soggetti per i quali sia emersa la situazione di cui al punto precedente; si agisca in giudizio per ottenere il risarcimento del danno nei confronti degli ex dipendenti per i quali sia emersa la violazione dei divieti contenuti nell'art. 53, comma 16 *ter*, d.lgs. n. 165/2001».

In conformità a quanto sopra, nel bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014, l'Autorità ha espressamente previsto l'introduzione, tra le condizioni ostative alla partecipazione, oggetto poi di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, del divieto *ope legis* di cui all'art. 53, comma 16-*ter*, del d.lgs. 165/2001.

Come noto, ai sensi dell'art. 64, comma 4-*bis* del d.lgs. 163/2006 il bando-tipo adottato dall'Autorità costituisce un modello di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara per l'affidamento dei contratti pubblici, potendo discostarsene esclusivamente in presenza di una motivata deroga.

Sussiste dunque l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di rispettare le prescrizioni e le indicazioni contenute nei bandi-tipo adottati dall'Autorità nelle procedure di scelta del contraente, ivi inclusa l'introduzione nella *lex specialis* di gara, della specifica previsione ostativa di cui al citato art. 53, comma 16-*ter* del d.lgs. 165/2001.

Tale obbligo sussiste, altresì, per le stazioni appaltanti italiane operanti in Paesi esteri, tenute al rispetto ed all'applicazione delle norme sancite dal d.lgs. 163/2006 nell'affidamento di contratti pubblici, compatibilmente con l'ordinamento del Paese nel quale il contratto deve essere eseguito.

E' quanto può evincersi dalla deliberazione dell'Autorità n. 7 del 15 gennaio 2003, nella quale – ancorché riferita alla realizzazione di opere pubbliche da parte di un'ambasciata italiana su territorio straniero - è stato affermato che in tali casi deve trovare comunque applicazione la disciplina richiamata



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

nel contratto dalla stazione appaltante, fermo restando comunque l'obbligo di osservare la normativa vigente nello Stato – luogo di esecuzione.

Analogo principio è desumibile dalle disposizioni del d.p.r. 207/2010, nella parte in cui disciplina gli appalti di lavori da eseguirsi presso le sedi estere del Ministero degli Affari Esteri (artt. 351 e segg.), il quale fa salva l'applicazione (anche) del d.p.r. 18/1967 (ordinamento dell'amministrazione degli Affari Esteri). Tale d.p.r. prevede all'art. 86 che «la procedura per la stipulazione dei contratti da eseguire all'estero è regolata dalle norme dell'ordinamento italiano compatibilmente con le norme e le situazioni locali» (in tal senso anche art. 7 del d.p.r. 120/2000 e art. 6 del d.lgs. 307/2006, sempre riferiti all'attività negoziale del predetto dicastero, che richiamano - confermandola - la disposizione sopra riportata).

Dai principi espressi nella deliberazione dell'Autorità sopra richiamata e da quelli desumibili dalle disposizioni regolamentari in precedenza indicate, deriva dunque che le stazioni appaltanti italiane sono tenute ad applicare la disciplina nazionale in materia di contratti pubblici, anche per le procedure di aggiudicazione esperite al di fuori dell'Italia, compatibilmente con la normativa vigente nello Stato “luogo di esecuzione”.

Dalle considerazioni che precedono deriva, quindi, anche per l'amministrazione istante (l'ICE di Berlino) l'obbligo di inserire nei bandi di gara, tra le condizioni di partecipazione, il requisito di cui all'art. 53, co. 16-ter, del d.lgs. 165/2001, in conformità alle previsioni del bando-tipo dell'Autorità n. 2 del 2 settembre 2014, vincolante per tutte le stazioni appaltanti *ex art. 64, co. 4-bis*, del d.lgs. 163/2006 (salvo il caso di motivata deroga).

Peraltro, la legittimità dell'introduzione del principio di cui all'art. 53, comma 16 *ter* del d.lgs. 165/2001 nei bandi di gara è, altresì, rinvenibile nella rilevanza della disciplina di prevenzione della corruzione di cui alla l. 190/2012 che, essendo posta a tutela di esigenze comuni a tutte le amministrazioni ed essendo normativa a tutela dell'ordine pubblico, non deve subire limitazioni solo perché non espressamente prevista dalla disciplina di un diverso paese europeo.

Si conclude, quindi, per la legittimità delle disposizioni date dalla sede centrale dell'ICE - sulle quali verte la richiesta di parere formulata dall'ICE di Berlino - in ordine all'introduzione nei bandi di gara, della causa ostativa derivante dall'art. 53, comma 16 *ter*, del d.lgs. 165/2001, anche nel caso in cui la procedura di gara si svolga in uno Stato diverso dall'Italia. Con la conseguenza che, ove i privati contraenti si rifiutino di rendere la relativa dichiarazione ai fini della partecipazione alla gara, gli stessi devono essere esclusi dalla procedura selettiva e non possono stipulare i relativi contratti.

Raffaele Cantone