



## DELIBERA N. 223

16 marzo 2021.

### Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla CUC/Provveditorato Comune di Vittoria – Affidamento del servizio tecnico di coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori di "Riqualificazione dell'arenile della Riviera lanterna a Scoglitti nel tratto compreso tra via Del Mare con realizzazione di strutture per animazione socio-culturale, spazi per lo spettacolo e spazi verdi per lo svago e le attività sportive, denominato Parco Costiero di Ponente" – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 11.350,70 – S.A.: Comune di Vittoria (Libero Consorzio Comunale di Ragusa) – Direzione CUC/Provveditorato.

**PREC 37/2021/S**

### Riferimenti normativi

*Art. 53, comma 16-ter del d.lgs. 165/2001*

*Artt. 42 e 80, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016*

### Parole chiave

Partecipazione alla gara del libero professionista ex dirigente comunale – Esclusione – Inapplicabilità della disciplina del *pantouflage* – Applicazione della disciplina del conflitto di interessi

### Massima

**Partecipazione alla gara del libero professionista ex dirigente comunale – Sottoscrizione degli atti relativi al progetto posto a base di gara – Esclusione – Inapplicabilità della disciplina del *pantouflage* – Applicazione della disciplina del conflitto di interessi – Esclusione legittima solo in caso di impossibile applicazione di misure preventive**

Alla fattispecie dell'ex dipendente pubblico che abbia adottato, in qualità di dirigente a tempo determinato, atti amministrativi afferenti alla procedura di gara a cui, dopo la scadenza dell'incarico,



intende partecipare in qualità di libero professionista non sembra applicabile, ai fini dell'esclusione dalla gara, la disciplina del divieto di *pantouflage* di cui all'art. 53, comma 16-*ter* del d.lgs. n. 165/2001, quanto piuttosto la disciplina del conflitto di interessi ai sensi del combinato disposto dell'art. 42 e dell'art. 80, comma 5, lett. d) del d.lgs. 50/2016. Di talché l'esclusione, trattandosi di una *extrema ratio*, potrà essere comminata solo a seguito della puntualmente motivata impossibilità di eliminare il potenziale conflitto di interessi mediante l'applicazione di apposite misure preventive conformemente a quanto indicato nelle Linee Guida Anac n. 15.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 16 marzo 2021

## DELIBERA

**VISTA** l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 005901 del 25.1.2021, con la quale il Comune di Vittoria chiede parere all'Autorità circa la legittimità del provvedimento di esclusione di un concorrente sulla base delle disposizioni di cui all'art. 53, comma 16-*ter* del d.lgs. n. 165/2001, alla luce del ruolo precedentemente svolto dallo stesso all'interno dell'Ente, in qualità di dirigente esterno con contratto a tempo determinato ai sensi del comma 1, dell'art 110 del d.lgs. n. 267/2000 e dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/01;

**CONSIDERATO**, più in dettaglio, che il dirigente in questione, durante l'incarico, con riferimento all'appalto in oggetto, ha sottoscritto gli atti di seguito indicati:

1. Determina Dirigente Urbanistica n° 934 del 02.05.2018 avente ad oggetto: "POR FESR 2014/2020 Asse 9 - Inclusione sociale - Azione 9.6.6 - Interventi di recupero funzionale e riuso di vecchi immobili di proprietà pubblica in collegamento con attività di animazione sociale e partecipazione collettiva, inclusi interventi per il riuso e la rifunzionalizzazione dei beni confiscati alle mafie" - 2° finestra. Progetto di: "Riqualificazione dell'arenile della Riviera Lanterna a Scoglitti, nel tratto compreso tra il faro e via del mare, con realizzazione di: strutture per animazione socio-culturale, spazi per lo spettacolo e spazi verdi per lo svago e le attività sportive". Nomina Responsabile Unico del Procedimento;
2. Delibera di Giunta Comunale n° 255 del 14.05.2018 avente ad oggetto: "Approvazione, in linea amministrativa, progetto esecutivo per "Riqualificazione dell'arenile della Riviera Lanterna a Scoglitti nel tratto compreso tra il Faro e Via Del Mare con realizzazione di strutture per animazione socioculturale, spazi per lo spettacolo e spazi verdi per lo svago e le attività sportive denominato – Parco Costiero di Ponente. POR FESR 2014/2020 Asse 9 - Inclusione sociale - Azione 9.6.6 - 2° finestra". Autorizzazione al Legale rappresentante dell'Ente a presentare istanza di partecipazione all'Avviso Pubblico;

**CONSIDERATO** che, dopo la scadenza del contratto di dirigente a tempo determinato con incarico presso la Direzione "Manutenzioni Servizi Tecnici e Cimiteriali", il professionista in questione ha presentato domanda di partecipazione alla gara oggetto di controversia e che – a giudizio dello stesso – il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo poiché nel caso di specie non troverebbero applicazione le disposizioni di cui all'art. 53, comma 16-*ter* del d.lgs. n. 165/2001 sulla base delle seguenti motivazioni:



- «manca il **soggetto privato** destinatario degli atti autorizzativi e/o negoziali della P.A. avviati dal sottoscritto durante lo svolgimento della propria funzione dirigenziale;
- di conseguenza manca il **rapporto di collaborazione** (dipendente, consulente, etc..) di quest'ultimo con il dipendente;
- gli atti citati dalla S.A. riguardano la nomina del RUP (e pertanto soggetto dipendente della P.A. e non privato) e l'approvazione amministrativa del progetto (non tecnica), per cui **non si configurano quali atti autorizzativi e/o negoziali nei confronti di soggetti privati**;
- il sottoscritto, pur avendo svolto il ruolo di dirigente del Comune di Vittoria, successivamente alla cessazione dal servizio **non ha contratto alcun tipo di rapporto con soggetti privati "...destinatari degli atti della P.A..."**, [...] **né alcun tipo di rapporto, della stessa tipologia, con ex dipendenti della P.A.**»;

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3.2.2021;

**VISTA** la documentazione in atti e le memorie delle parti;

**CONSIDERATO** che l'art. 53, comma 16-*ter* sopra menzionato (introdotto nell'ordinamento dall'art. 1, comma 42, lettera l), della legge 6 novembre 2012, n. 190, recante le "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" prevede 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";

**CONSIDERATO** che, come chiarito già nel PNA del 2013, il rischio valutato dalla norma è che durante il periodo di servizio il dipendente possa artatamente preconstituirsì delle situazioni lavorative vantaggiose e così sfruttare a proprio fine la sua posizione e il suo potere all'interno dell'amministrazione per ottenere un lavoro presso l'impresa o il soggetto privato con cui entra in contatto. La norma prevede quindi una limitazione della libertà negoziale del dipendente per un determinato periodo successivo alla cessazione del rapporto per eliminare la "convenienza" di accordi fraudolenti. L'ambito soggettivo di applicabilità della disposizione in esame è riferito a quei dipendenti che, nel corso degli ultimi tre anni di servizio presso la pubblica amministrazione, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto dell'amministrazione stessa. A tali soggetti è preclusa, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro "c.d. periodo di raffreddamento", a prescindere dal motivo della stessa, la possibilità di svolgere attività lavorativa o professionale in favore dei soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso l'esercizio dei suddetti poteri autoritativi e negoziali (v. Atto di segnalazione ANAC n. 6 del 27 maggio 2020 concernente proposte di modifica alla disciplina del *pantouflage*);

**CONSIDERATI** tutti gli orientamenti e i pareri interpretativi espressi dall'Autorità in merito all'istituto del *pantouflage*, che si intendono qui richiamati come presupposto di inquadramento generale della materia sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo;

**RITENUTO** che nel caso in esame la questione di prioritaria rilevanza per dare risposta al quesito sollevato dalla Stazione appaltante è costituita dall'esatta individuazione del perimetro applicativo della disposizione normativa in discussione, la cui formulazione presenta delle evidenti lacune e conseguenti



difficoltà interpretative che non consentono alle Amministrazioni committenti di discernere agevolmente tra le diverse situazioni soggettive potenzialmente ricadenti nella *ratio legis*;

**CONSIDERATO** che la particolarità della fattispecie in esame è costituita dalla circostanza che il soggetto che ha *"esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni"* non andrebbe a svolgere, come letteralmente previsto dalla norma, *"attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione"*, ma, in primo luogo, vorrebbe essere (ri)ammesso come concorrente alla gara in oggetto e, successivamente, in caso di aggiudicazione, sarebbe in prima persona affidatario del servizio in qualità di libero professionista pur avendo sottoscritto determinati atti inerenti alla gara medesima in qualità di dirigente responsabile incaricato;

**RITENUTO** che la fattispecie, così delineata, pare collocarsi al di fuori del campo applicativo del c.d. divieto di *pantouflage*, più esattamente qualificato come "incompatibilità successiva" o "post-carica" (o "*post-employment*"), soprattutto considerando che il carattere eccezionale della norma e la sanzione prevista, particolarmente afflittiva, impongono, perlomeno fino a quando il legislatore nazionale non deciderà di risolvere le molteplici criticità applicative dell'istituto mediante la novellazione normativa auspicata dalla Autorità stessa nell'Atto di segnalazione n. 6 del 27 maggio 2020, la stretta interpretazione delle disposizioni ivi contenute;

**RITENUTO**, nondimeno, che, sebbene l'incerta applicabilità alla fattispecie in esame dell'istituto del *pantouflage* non consenta di operare forzature interpretative che accordino legittimità alle decisioni adottate in merito dalla Stazione appaltante, ciò non permette neppure di risolvere automaticamente in senso positivo il giudizio sull'ammissibilità del concorrente, atteso che la situazione oggettiva illustrata nella richiesta di parere merita di essere comunque valutata come potenzialmente lesiva della concorrenza ancorché sotto altra prospettiva normativa;

**RITENUTO**, sotto questo aspetto, che suddetta fattispecie sembra ricadere nel più vasto ambito applicativo del conflitto di interessi, di cui all'art. 42 del Codice;

**CONSIDERATO**, infatti, che tra gli obblighi della Stazione appaltante nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni c'è anche quello di *«prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse ..., in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici»*, e che nel caso in discussione la circostanza che un concorrente abbia rivestito il ruolo di dirigente della medesima Amministrazione che bandisce la gara adottando atti amministrativi inerenti alla stessa pone tale soggetto in una posizione di potenziale vantaggio competitivo determinato principalmente dall'aver necessariamente intrattenuto frequentazioni/relazioni sociali e lavorative con dipendenti attuali dell'Amministrazione che intervengono in vario modo e a vario titolo nello svolgimento della procedura di aggiudicazione e che in ragione di tali rapporti potrebbero influenzarne l'esito;

**RILEVATO** che l'interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico si ha quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico;

**CONSIDERATO** che il rischio che si intende evitare può essere, ai sensi dell'art. 6-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dell'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, soltanto potenziale e deve essere valutato *ex ante* rispetto all'azione amministrativa (v. Linee Guida Anac n. 15 recanti "Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici");



**RITENUTO** che non è necessario dilungarsi oltre per dimostrare che, a prescindere dalla tipologia e dalla natura degli atti amministrativi effettivamente compiuti in qualità di Dirigente, la posizione oggettivamente rivestita nell'ambito delle determinazioni prodromiche all'indizione della gara in oggetto pone tale ex dipendente del Comune istante in una situazione di potenziale vantaggio competitivo che potrebbe incidere sul corretto dispiegarsi della concorrenza e contemporaneamente, sotto altro aspetto, la gestione per un periodo sufficientemente lungo, in una amministrazione di modeste dimensioni, dell'unità organizzativa competente nella materia oggetto della gara ha inevitabilmente creato rapporti di conoscenza che tendono a minare i presupposti di necessaria indipendenza e imparzialità dei dipendenti che si occupano a vario titolo dell'espletamento della procedura selettiva;

**RITENUTO**, in definitiva, che la Stazione appaltante debba adottare, in via prioritaria, tutte le misure di prevenzione ritenute necessarie e sufficienti a garantire il regolare confronto concorrenziale e la *par condicio competitorum*, anche seguendo le indicazioni fornite al punto 10 delle Linee Guida n. 15 sopra citate e, solo nel caso in cui nessuna delle misure preventive possa essere applicata o sia considerata risolutiva del potenziale conflitto di interessi, disporre l'esclusione del concorrente conformemente a quanto previsto dall'art. 80, comma 5, lett. d),

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- l'esclusione del concorrente disposta dalla Stazione appaltante in applicazione dell'istituto del *pantouflage* non sia conforme alle attuali disposizioni normative di cui all'art. 53, comma 16-ter del d.lgs. n. 165/2001;
- la fattispecie in esame ricada nella più ampia disciplina della prevenzione del conflitto di interessi di cui al combinato disposto dell'art. 42 e dell'art. 80, comma 5, lett. d) del d.lgs. 50/2016;
- pertanto l'esclusione del concorrente possa essere comminata solo dopo aver verificato e puntualmente motivato l'impossibilità oggettiva di ricorrere alle misure di prevenzione del potenziale conflitto di interesse determinato dalla circostanza dell'aver adottato in qualità di dirigente a tempo determinato atti amministrativi afferenti alla gara *de qua* e di aver successivamente presentato domanda di partecipazione alla gara medesima in qualità di libero professionista.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente