

## Linee guida recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici».

Contributi pervenuti alla Consultazione on line del 19 ottobre 2018

### Sommario

A) AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE E SOCIETÀ PUBBLICHE.....	1
1. ANAS .....	1
2. Confcooperative e Ferrovie dello Stato .....	4
3. Regione Lombardia.....	8
B) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA/ORDINI E COLLEGI PROFESSIONALI .....	9
4. ANCE .....	9
5. Anisgea.....	11
6. Confindustria servizi .....	12
7. Utilitalia.....	13
C) DIPENDENTI PUBBLICI.....	18
8. Alessandro Gnocchi (dipendente Provincia di Treviso) .....	18
9. Davide Violato (dipendente Istituto Zooprofilattico delle Venezie) .....	18
D) IMPRESE PRIVATE.....	18
10. Valerio Di Monte.....	18
11. Johnson & Johnson Medical s.p.a.....	20
E) CONTRIBUTI ANONIMI .....	22
12. Anonimo 1.....	22
13. Anonimo 2.....	22

## A) AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE E SOCIETÀ PUBBLICHE

### 1. ANAS

Con riferimento al paragrafo 2 “Definizione del conflitto di interesse ai sensi dell’art. 42 del codice dei contratti”, al punto 2.2, si dà atto che il conflitto di interessi può manifestarsi anche direttamente “in capo alla stazione appaltante” come, ad esempio, nell’ipotesi in cui tra la stessa e un concorrente esista un rapporto di controllo o collegamento ex art. 2359 c.c..

In argomento, si ritiene di dover condividere l’orientamento, avallato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 3401/2018, secondo cui, in assenza di comprovata violazione delle regole della procedura, la mera

compartecipazione azionaria dell'amministrazione aggiudicatrice ad una società concorrente non è in grado di configurare ex se un'ipotesi di conflitto di interessi.

Diversamente opinando, si finirebbe per equiparare l'operatore economico - persona giuridica al "personale" - persona fisica a cui espressamente si riferisce l'art. 42, co. 2 del Codice. Come è noto, infatti, in ragione della teoria organica, la persona giuridica è sì un centro di imputazione di rapporti giuridici ma per agire la stessa necessita di persone fisiche munite del necessario potere rappresentativo. Sicché, mentre l'ente non può essere corrotto, le persone fisiche sì, con la conseguenza che le ipotesi di conflitto di interesse possono verificarsi esclusivamente "in capo" a queste ultime.

Tale chiave di lettura è coerente con il contenuto del paragrafo 3 "Ambito soggettivo di applicazione dell'art. 42", laddove si afferma che l'art 42 si riferisce al "personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi" inteso anche con riferimento ai membri degli organi di amministrazione.

Tale impostazione trova peraltro conferma anche nella giurisprudenza comunitaria (recepita a livello nazionale) che, seppur con riferimento alla diversa fattispecie di controllo societario ai fini della verifica dell'unicità del centro decisionale, ha affermato il principio di diritto – replicabile anche in materia di conflitto di interessi – secondo cui «la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura» (Corte di Giustizia dell'Unione europea, 19 maggio 2009, in C-538/10).

Per quanto sopra, si suggerisce di espungere dal testo delle Linee guida il punto 2.2.

- Per quanto concerne il paragrafo 3, si ritiene di non poter accedere all'interpretazione estensiva di "personale della stazione appaltante" offerta dall'A.N.AC., ricomprendendovi "tutti coloro che intervengono a qualsiasi titolo nel ciclo di vita dell'appalto".

Una tale lettura si rivela infatti del tutto inattuabile nell'ambito di amministrazioni aggiudicatrici complesse e di grandi dimensioni, che gestiscono – come Anas – un numero elevato (superiore al migliaio) di gare l'anno. Aderendo ad una tale interpretazione, si rischierebbe infatti di gravare eccessivamente l'operato di tali stazioni appaltanti, esigendo l'acquisizione di dichiarazioni da parte di qualsivoglia soggetto coinvolto, a qualsiasi titolo, nell'ambito della procedura di affidamento.

Per quanto sopra, si ritiene necessario modificare le Linee guida specificando che le dichiarazioni in ordine all'insussistenza di conflitti di interesse debbano essere acquisite esclusivamente da quei soggetti che – in base alla effettiva strutturazione dell'Amministrazione aggiudicatrice -, con il loro operato, sono concretamente in grado di incidere sulla selezione dell'operatore economico affidatario.

In tale ottica, è opportuno espungere dal testo delle Linee guida qualsivoglia indicazione "esemplificativa" dei soggetti tenuti a rilasciare le dichiarazioni, escludendo senz'altro, a tal fine:

(i) i componenti degli organi di governo delle amministrazioni aggiudicatrici che, laddove partecipino all'adozione di atti di autorizzazione / approvazione, si limitano spesso a ratificare dell'operato svolto da altre strutture interne all'amministrazione, con la conseguenza che l'autorizzazione/approvazione chiude formalmente un procedimento ma non incide sull'iter decisionale.;

(ii) i componenti degli organi di vigilanza esterna, che non intervengono in alcun modo nella procedura di affidamento.

- Con riferimento al paragrafo 4 "Dichiarazione sostitutiva ai sensi degli articoli 6, comma 1, del d.P.R. 62/2013 e 6-bis della legge 241/90", al punto 4.1, si dà atto che l'art. 6-bis della L. n. 241/1990 sancisce "un

obbligo di segnalazione di conflitti di interessi, anche potenziali, in capo al responsabile del procedimento e ai titolari degli uffici competenti ad adottare pareri, valutazione tecniche, atti procedurali e il provvedimento finale”. L’Autorità suggerisce un contenuto minimo delle dichiarazioni di cui all’art. 6, comma 1, del d.P.R. n. 62/2013, le quali dovrebbero avere ad oggetto la sussistenza di conflitti di interesse potenziali che possono insorgere già nella fase dell’individuazione dei bisogni dell’amministrazione e ancor prima che siano noti i concorrenti. Si tratterebbe, a ben vedere, di integrare la dichiarazione con la previsione di cui al comma 2 dell’art. 6 del d.P.R. 62/2013 a mente del quale: “Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall’intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici”.

Si fa l’esempio di un dipendente pubblico preposto all’ufficio gare, il cui figlio sia titolare di un’impresa che opera in un particolare settore e che potrebbe essere aggiudicataria di contratti pubblici, che – “già al momento dell’assegnazione all’ufficio - sarà tenuto a dichiarare la sussistenza di un conflitto di interesse potenziale che deriva dal rapporto di parentela. Quindi, ancor prima che siano noti i nominativi dei concorrenti (senza sapere se quest’ultimo parteciperà alla gara n.d.r.), si configurerebbe l’obbligo di astensione”.

Tuttavia, la previsione di cui all’art. 6-bis della legge 241/1990 – come anche quella di cui all’art. 6, co. 1 del d.P.R. n. 63/2013 - non prevede l’obbligo di comunicare un’ipotesi di conflitto anche potenziale all’atto di assegnazione all’ufficio ma prevede l’obbligo di astensione segnalando qualsiasi ipotesi di conflitto di interesse anche potenziale in relazione all’atto da compiere. In altri termini, l’obbligo si riferisce all’astensione in situazioni di conflitto anche potenziali e non anche quello di comunicare preventivamente, in assenza di un atto da compiere, qualsiasi conflitto anche potenziale.

Ed invero, la norma di cui all’art. 6-bis l. 241/1990 espressamente detta: Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale” (cfr. Consiglio Stato, sez. III, sentenza n. 4828/2018).

E ciò, anche in considerazione del fatto che una dichiarazione sull’assenza di conflitti di interesse, anche potenziali, rilasciata all’atto dell’assegnazione all’ufficio - ovvero in un momento in cui non risulta ancora definita la platea degli operatori partecipanti dalla procedura di gara –svuota la dichiarazione stessa di significato, rischiando:

- da un lato, di frustrare la finalità della norma, portando il “dipendente” a rendere una dichiarazione del vuota;
- dall’altro, nel peggiore dei casi, di acquisire dichiarazioni “mendaci”, nell’ipotesi in cui il dipendente non sia in grado di individuare –data l’evanescenza del contesto – tutte le situazioni potenzialmente in conflitto di interessi.

Si pensi ad esempio alla figura del RUP che, a norma dell’art. 31, co. 1 del Codice, deve essere individuato al momento dell’adozione degli strumenti di programmazione, ovvero in una fase talmente “anticipata” rispetto all’indizione della procedura di gara, per cui il conflitto di interessi potrebbe potenzialmente configurarsi con chiunque e con nessuno.

- Relativamente al paragrafo 5, richiamando quanto già evidenziato in relazione al paragrafo 3, si evidenzia la necessità di modificare il punto 5.4, precisando nuovamente che la dichiarazione sull’assenza di conflitti di interesse debba essere richiesta esclusivamente in capo a quei soggetti che – sulla base della concreta

strutturazione dell'Amministrazione aggiudicatrice - possono, tramite il loro operato, effettivamente incidere sulla selezione del contraente finale.

Non rientrano senz'altro nel novero di tali soggetti:

(i) il soggetto che sottoscrive il contratto, il quale interviene quale "rappresentante" della stazione appaltante, solamente "a valle" di tutto il procedimento concorsuale, "ratificando" l'operato delle strutture interne;

(ii) il soggetto che provvede al pagamento dei corrispettivi, il quale esegue tale mansione soltanto su input di altre funzioni aziendali, previa acquisizione della documentazione richiesta ex lege (v. DURC regolar etc).

Per quanto sopra, si evidenzia inoltre la necessità di stralciare dal testo delle Linee guida l'Allegato recante l'identificazione dei soggetti, delle fasi e delle situazioni di rischio.

Tale Allegato si rivela infatti estremamente generico e rischia di generare fenomeni di confusione nella misura in cui:

- anticipa la soglia di "rischio" di conflitto di interessi a fasi del procedimento concorsuale in cui il conflitto difficilmente può configurarsi (si vedano, in tal senso, le fasi di programmazione e progettazione, in cui non è in alcun modo definita né definibile la platea dei potenziali concorrenti);

- individua tra i soggetti deputati a rilasciare le dichiarazioni, soggetti che non intervengono in prima persona nello svolgimento dell'attività. Si veda, ad es., la fase di verifica dei requisiti, che non viene svolta direttamente dal RUP ma dalla stazione appaltante in quanto tale.

- Sempre con riferimento al paragrafo 5 – ma la considerazione si estende anche al paragrafo 7 -, si rileva l'opportunità di espungere il riferimento alla "protocollazione" delle dichiarazioni. Si evidenzia infatti che, ai fini della certezza della provenienza e della data della dichiarazione medesima, è sufficiente che la stessa sia datata e sottoscritta dal soggetto interessato. Al fine di assicurare la speditezza delle operazioni, basterebbe dunque a soddisfare i suddetti requisiti anche la trasmissione di una mail.

- Si rileva un errore nella numerazione dei paragrafi (manca il paragrafo 6) e un difetto di coordinamento dei relativi sotto-paragrafi riportati nei riquadri.

## 2. Confcooperative e Ferrovie dello Stato

Le osservazioni che seguono sono state elaborate con il contributo, anche, delle società del Gruppo FS.

Paragrafo 1 LG:

Si suggerisce di valutare l'opportunità di tipicizzare/standardizzare alcune situazioni particolari, fornendo indicazioni chiare sulle condotte che possono configurare il conflitto d'interesse nell'ambito di una procedura di affidamento, o quantomeno definire espressamente un'elencazione di fattispecie sintomatiche del conflitto, anche sulla scorta della casistica ad oggi elaborata dalla giurisprudenza amministrativa, ulteriori alle situazioni che costituiscono conflitto di interesse e determinano l'obbligo di astensione previste dal DPR 62/2013.

Se è vero che l'art. 42 del Codice Appalti è necessariamente astratto in quanto mira a colpire situazioni meramente potenziali, tuttavia, andrebbero meglio determinate le ipotesi concrete di interferenza, a fronte della responsabilità disciplinare, oltre che penale e amministrativa, che insorgono in capo al dipendente. Ciò anche in linea con il generale principio di legalità (nulla poena sine praevia lege) che esige la predeterminazione dei comportamenti da cui scaturisce una responsabilità.

Paragrafo 2 LG:

Alla luce della giurisprudenza, anche di legittimità (Consiglio di Stato – sentenza n. 3401/2018), non si ritiene di condividere l'interpretazione dell'ANAC fornita all'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 42 del Codice Appalti laddove intende ricomprendere nella locuzione "personale di una stazione appaltante" anche "...ogni tipologia di soggetto giuridico...".

Come sostenuto dall'Alto Consesso, l'art. 42 del Codice Appalti, riferendosi al solo personale della stazione appaltante (ove chiaramente vanno considerati anche dirigenti ed organi di vertice) non può invece essere interpretato nel senso di ricomprendere anche le società partecipate o controllate della stazione appaltante stessa.

L'estensione operata dall'ANAC, riconducibile alla pronuncia, peraltro minoritaria del TAR Salerno n. 524/2018, non sembra supportata dal dato testuale e normativo atteso che, nel vigente codice dei contratti, non è rinvenibile alcun esplicito divieto di partecipare alle gare per le imprese partecipate dalla stazione appaltante che indice la gara.

A parte la predetta pronuncia del C.d.S., sul punto è costante anche la giurisprudenza amministrativa di merito. Si richiama, al riguardo, la recente sentenza del TAR Toscana n.328/2018 che ha affermato che "non si può presumere che dalla compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente discenda un'automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento, in assenza di prova circa l'esistenza di specifiche violazioni delle regole di evidenza pubblica".

Anche il TAR Milano con sentenza n. 458/2012 ha ribadito come "La compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente non determina alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento".

Ancora più incisivamente il TAR Lecce, n. 801/2013, ha affermato che "La partecipazione dell'Amministrazione aggiudicatrice ad una società concorrente non determina l'automatica violazione dei principi di concorrenza e par condicio, laddove, al contrario argomentando e, dunque, ponendo una limitazione alla partecipazione predetta, si finirebbe per contrastare con i principi dell'ordinamento comunitario, il quale esige che le imprese pubbliche abbiano possibilità di agire in regime di parità di trattamento con la imprese private".

Anche la CGUE riconosce che il principio di parità di trattamento non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di gara organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura (Corte Giust. CE, 7 dicembre 2000, in C 44/99) o che sono da essa partecipati (Corte Giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03). Tale orientamento giurisprudenziale sembra pertanto sgombrare il campo da ogni possibile opinione difforme; si ritiene, dunque, che la mera partecipazione dell'amministrazione aggiudicatrice ad una società concorrente non rappresenti de plano un elemento tale da pregiudicare la regolarità della gara e/o da imporre l'automatica esclusione del concorrente dalla procedura.

Peraltro l'estensione della norma sul conflitto di interessi a soggetti giuridici ulteriori rispetto a quelli individuati dalla stessa, contrasterebbe con il quadro normativo di riferimento, sia per quanto riguarda l'art. 6 del DPR 62/2013, che prevede il conflitto di interesse per i dipendenti della P.A., sia con riferimento all'art. 6 bis della L.241/90, secondo cui "il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ..... devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto anche potenziale".

Preme altresì evidenziare che l'interpretazione offerta dal documento in esame potrebbe arrecare un vulnus al principio di tassatività delle cause di esclusione, le quali, in quanto limitative della concorrenza,

non sono ritenute suscettibili di estensione analogica a fattispecie non previste espressamente dalla norma positiva.

#### Paragrafo 3 LG:

Rispetto all'applicazione ai settori speciali dell'art. 42 del Codice Appalti, sarebbe opportuno specificare che per i contratti sopra soglia nei settori speciali l'art. 42 del Codice Appalti si applica solo "in quanto compatibile"; invece, per i contratti sotto soglia nei settori speciali, considerando che il Codice Appalti rimette alle Stazioni Appaltanti l'emanazione di un proprio regolamento, sarebbe opportuno specificare che è rimessa a queste ultime ogni valutazione circa le condizioni di applicazione del citato art. 42.

Rispetto all'applicazione dell'art. 42 del Codice Appalti agli appalti esclusi si segnala che – alla luce della circostanza che il Codice Appalti prevede l'applicazione ai medesimi dei soli "principi" dell'art. 4, - un richiamo all'applicazione sic et simpliciter dell'intero articolo non sembra in linea con le disposizioni del Codice stesso; pertanto, in relazione ai contratti esclusi, appare sufficiente rammentare – laddove ritenuto necessario – che lo stesso rappresenta declinazione dei principi di imparzialità e parità di trattamento richiamati all'art. 4 del Codice Appalti.

#### Paragrafo 4 LG:

Atteso che le LG prevedono due categorie di soggetti, ovvero: "tutti i soggetti che intervengono a qualsiasi titolo nel ciclo di vita dell'appalto" ed un secondo caso alternativo al primo "o che possano influenzarne in qualsiasi modo l'esito", si ritiene che tali requisiti soggettivi determinino una lettura troppo estensiva rispetto. Si suggerisce, quindi, di prevedere che le due ipotesi si verifichino entrambe eliminando la disgiuntiva "o" e sostituendola con una "e".

Inoltre, il richiamato riferimento a "tutti i soggetti che intervengono a qualsiasi titolo nel ciclo di vita dell'appalto" appare essere troppo indeterminato e, se non meglio specificato, potrebbe prestarsi ad includere anche soggetti che non avrebbero modo, proprio alla luce della loro funzione aziendale, di influenzare concretamente la procedura di aggiudicazione (ad es. soggetti che intervengono solo nella fase di esecuzione/gestione dell'appalto con compiti operativi non idonei a influenzare le sorti del contratto).

#### Paragrafo 5 LG:

Atteso che i dipendenti pubblici sono tenuti a rendere due differenti dichiarazioni in ordine alle situazioni di conflitto di interesse, una da rendere all'atto dell'assegnazione all'ufficio, l'altra all'atto del conferimento dell'incarico relativo alla singola procedura di gara, si suggerisce di evitare una sovrabbondante proliferazione di dichiarazioni, con un appesantimento del processo.

Non si ritiene infatti opportuno, per i soggetti assegnati ad uffici istituzionalmente competenti a gestire le procedure di gara (ufficio gare, ufficio acquisti e logistica), rendere una nuova dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR 445/2000 in ordine alle situazioni di conflitto di interessi per ogni specifica procedura di gara assegnata. Infatti detto personale, ai sensi del paragrafo 5, viene chiamato, già all'atto di assegnazione all'ufficio, a rendere la dichiarazione di cui sopra, con l'obbligo (previsto al punto 5.3) di comunicare eventuali modifiche sopraggiunte. La ripetizione per ogni specifica gara appare come un inutile appesantimento soprattutto in relazione ad uffici ove vengono espletate svariate procedure di servizi/forniture di modesto importo.

A tale proposito, sarebbe opportuna una più puntuale definizione e declinazione del “personale” di cui al punto 4.1 del documento, con conseguente diversificazione della disciplina da applicare in relazione al momento in cui il soggetto viene interessato dall’attività.

A ben vedere, infatti, la dichiarazione da rilasciarsi per ogni specifica procedura di gara potrebbe avere una sua ragione se riferita al personale che solo “occasionalmente” si trova coinvolto nelle operazioni di gara (per es. componenti delle commissioni o collaudatori). Diversamente, per il personale che riveste ruoli e mansioni specifiche e sistematiche nell’ambito degli appalti pubblici, dovrebbe ritenersi sufficiente la dichiarazione rilasciata al momento dell’assegnazione all’ufficio al più da confermare per ogni nuova attività contrattuale posta in essere o, nel caso, da sostituire con la dichiarazione di “astensione” dalla specifica procedura, così come previsto al successivo punto 8.1 (Obbligo di astensione) del documento in argomento.

Si suggerisce, inoltre, di far eliminare o dettagliare la previsione del punto 5.2 in relazione alla dichiarazione su conflitti di interesse “che possono insorgere già nella fase dell’individuazione dei bisogni dell’amministrazione e ancor prima che siano noti i concorrenti”. La richiesta di eliminazione, in particolare, si fonda sull’assunto che l’anticipazione degli obblighi dichiarativi si rivela, di fatto, molto invasiva ed eccessivamente sproporzionata rispetto alle esigenze di tutela della Stazione Appaltante: tali esigenze, si ritiene, possono trovare adeguata protezione tramite una dichiarazione ad hoc resa dal dipendente nel momento in cui viene incaricato di procedere all’individuazione del fabbisogno della Stazione Appaltante in un settore/area in cui potrebbe sussistere una situazione di conflitto di interesse potenziale (ad es.: individuazione del fabbisogno con riguardo a prestazioni rientranti nel settore di attività di impresa di un familiare, ecc.). Inoltre, detta previsione, secondo il nostro avviso, assume particolare rilevanza soprattutto negli affidamenti caratterizzati da infungibilità o chiusura del mercato e non per la generalità degli affidamenti, con la conseguenza che si appalesa ancor di più l’ultroneità di un obbligo dichiarativo generalizzato avulso dal contesto di una specifica gara, idonea - in astratto - a dare luogo ad un conflitto di interesse.

Infine, si suggerisce di specificare che le ipotesi di conflitto di interesse di cui al D.P.R. 62/2013 si applicano solo al personale della Stazione Appaltante o alla Stazione Appaltante (in senso proprio), in linea con le recenti statuizioni della giurisprudenza, e non anche a quello della società partecipante alla procedura di gara.

Paragrafo 6 LG:

Al punto 6.4, in coerenza con quanto espresso rispetto al paragrafo 4, appare eccessivo l’estensione delle ipotesi di conflitto di interesse ad altre figure meramente tecniche coinvolte nella sola fase di esecuzione. L’ampliamento indiscriminato del novero dei soggetti da includere nel perimetro applicativo della norma rischia di determinare un eccessivo irrigidimento dell’operatività delle stazioni appaltanti senza essere necessariamente bilanciato da effettivi benefici in termini di prevenzione e repressione di eventuali illeciti.

Paragrafo 7 LG:

Al punto 7.3 sembra opportuno chiarire il rapporto tra la comunicazione di cui all’art. 42 del Codice Appalti e la “presunta” violazione del Modello 231. Con tale inciso, infatti, ANAC sembrerebbe richiedere a tutte le società di adeguare i propri Modelli.

Paragrafo 8 LG:

Si suggerisce di specificare quale sia il parametro oggettivo per valutare la "gravità" della causa di astensione tale da mettere in pericolo l'adempimento dei doveri di integrità, indipendenza e imparzialità del dipendente. In assenza di criteri di valutazione specifici del concetto di gravità sarebbe difficile valutare la ragionevolezza della decisione del responsabile dell'ufficio in ordine all'astensione del dipendente dalla procedura di gara.

Paragrafo 9 LG:

Tra i motivi di esclusione del concorrente dalla gara ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera d), del Codice Appalti figura anche l'impossibilità assoluta di sostituire il dipendente, derivante dall'impossibilità di risolvere il conflitto di interessi con la sostituzione di uno specifico soggetto; secondo l'Autorità ciò accade, ad esempio, nel caso in cui tra la stazione appaltante e un concorrente vi siano collegamenti societari che comportano di per sé un rischio di interferenza diffuso all'intera compagine amministrativa.

Non si ritiene di condividere tale assunto, in quanto, coerentemente con quanto osservato in merito al paragrafo 2, i collegamenti societari dell'amministrazione aggiudicatrice con la società concorrente non determinano alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento, con la conseguenza che nella locuzione "personale di una stazione appaltante" di cui all'articolo 42 del Codice Appalti non devono essere ricomprese anche le società partecipate o controllate dalla stazione appaltante stessa. Si suggerisce, pertanto, di indicare a titolo esemplificativo altri casi di impossibilità assoluta di sostituire il dipendente.

Inoltre, al punto 9.2, coerentemente con l'auspicata necessità di tipizzare le fattispecie in cui ricorre un conflitto di interesse, anche alla luce della finalità delle linee guida ossia "consentire la diffusione delle migliori pratiche e la standardizzazione dei comportamenti", si suggerisce di individuare le ipotesi al ricorrere delle quali "se le condizioni di conflitto di interesse si verificano successivamente all'aggiudicazione, la stazione appaltante...effettua le valutazioni di competenza in ordine all'annullamento dell'aggiudicazione o alla risoluzione del contratto", considerando che l'annullamento della procedura o la risoluzione del contratto sono notoriamente strumenti di natura eccezionale.

Infine, sempre con riferimento all'esclusione dalla gara del concorrente, si ritiene che tale eventualità debba essere trattata effettivamente quale "estrema ratio", ponendo la massima attenzione ai dovuti controlli, onde evitare situazioni di criticità che potrebbero ingenerare possibili contenziosi per esclusioni contestate in sede di giudiziale.

### 3. Regione Lombardia

Parte II, par. 5:

- E' necessario che nell'autocertificazione dei dipendenti a vario titolo coinvolti nel processo d'acquisto sia in quella iniziale che in quella specifica sia espressamente indicato che la dichiarazione è resa "per quanto a propria conoscenza".

- Ci si chiede come trattare il caso di soggetti che, essendo titolari di organi monocratici di indirizzo politico di enti pubblici o privati in controllo pubblico, abbiano altresì parte - in quanto titolari di quote di partecipazione o di cariche di amministratore - in attività economiche operanti nel medesimo ambito di attività dell'ente a cui siano preposti, nel caso in cui a tali organi siano attribuite competenze nella programmazione degli acquisti o delle opere. Ci si chiede in particolare se il conflitto di interessi abbia

carattere attuale o potenziale nel caso in cui l'impresa in cui abbia parte il soggetto che si trovi nella descritta situazione non partecipi a procedure di affidamento bandite dall'ente.

Parte II, par. 6: La raccolta delle autocertificazioni riferite alle singole procedure di gara dovrebbe essere fatta successivamente alla presentazione delle offerte in quanto soprattutto con riferimento alle gare pubbliche non è possibile conoscere a priori i partecipanti.

Parte I, par. 4: Va segnalata la necessità di specificare meglio le tipologie di dipendenti coinvolti nelle diverse fasi della procedura di affidamento, compresa quella relativa ai pagamenti (ci si chiede, a tal proposito, se il conflitto di interessi possa riguardare anche il personale addetto agli uffici di ragioneria), tenuto altresì conto del forte appesantimento burocratico/organizzativo che tale adempimento comporta anche in termini di controlli.

## B) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA/ORDINI E COLLEGI PROFESSIONALI

### 4. ANCE

#### 1- DEFINIZIONE DEL CONFLITTO DI INTERESSE AI SENSI DELL'ARTICOLO 42 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Le ipotesi collegamento societario tra stazione appaltante ed offerente rischiano di ledere i principi generali di tutela della concorrenza, di cui all'articolo 30 del codice, e dovrebbero pertanto essere sottoposti ad una particolare verifica volta ad accertare volta per volta, l'assenza di qualunque profilo di criticità.

In tal senso, del resto si è già espressa la Corte di Giustizia nella Sentenza Michaniki del 16 dicembre 2008.

#### 2- AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 42

Si concorda con l'ANAC sull'applicabilità della norma a tutte le fattispecie di appalto e concessioni, anche a quelle formalmente escluse dall'applicazione del codice (vedi, ad esempio i contratti affidati "in house" nel settore pubblico), pena il rischio di sottrarre ad un vaglio di imparzialità e buona andamento della pubblica amministrazione una quota importante di risorse pubbliche.

Tuttavia, affinché si concretizzi un'ipotesi di conflitto di interesse, reale o potenziale, è necessario che una delle due parti sia una stazione appaltante pubblica.

Va da sé che l'affidamento di opere di urbanizzazione "a scomputo" primarie e sotto-soglia, nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, di cui all'art. 16, comma 2 bis del DPR 380/2001, di per sé escluse, com'è noto, dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, non debbano considerarsi sottoposte al regime di cui all'articolo 42.

Quest'ultimo, infatti, presuppone sempre un rapporto tra un soggetto pubblico ed un soggetto privato. Le opere di urbanizzazione di cui sopra, invece sono svolte in un rapporto in cui manca la parte pubblica, in quanto svolti, direttamente o tramite affidamenti a terzi, dall'operatore economico titolare del permesso a costruire ovvero in attuazione degli strumenti urbanistici di cui al cennato art. 16, comma 2 bis.

In questo contesto, quanto alle opere di urbanizzazione di cui all'articolo 1, comma 1, lett. e) del codice dei contratti pubblici, poiché le disposizioni codicistiche si applicano, per la fase di esecuzione, limitatamente a quelle sul collaudo, le situazioni di cui al punto 10.2 del presente documento, relative alla fase dell'esecuzione, non possono trovare piena applicazione.

#### 4- AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 42

Ad avviso dell'ANCE; è condivisibile la posizione ANAC, secondo cui le situazioni in cui vi siano forme di collegamento tra soggetto affidante e soggetto affidatario sono da ritenersi potenzialmente foriere di fenomeni distorsivi.

Pertanto proprio nell'ottica di prevenire l'insorgere di conflitto di interesse appare opportuno valorizzare le best practice volte ad includere nel conflitto di interesse anche i casi in cui la stazione appaltante sia in collegamento societario con una delle società esecutrici.

#### 9- ESCLUSIONE DALLA GARA DEL CONCORRENTE, ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE E RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

Si concorda pienamente con l'ANAC secondo cui l'esclusione dell'operatore economico rappresenta un'ipotesi limite, esperibile come extrema ratio e debitamente motivata dalla stazione appaltante.

In tal senso, del resto si sta orientando anche la giurisprudenza che ha riconosciuto l'illegittimità di un provvedimento di esclusione dalla gara per conflitto d'interesse che non motivi puntualmente sulle ragioni che determinano, nel caso concreto, un'indebita posizione di vantaggio suscettibile di alterare la par condicio competitorum (Tar Puglia-Bari, sez. II, 4 agosto 2018, n. 1176).

Quanto alle modalità operative, l'operatore economico è tenuto a dichiarare, all'atto della presentazione dell'offerta, l'insussistenza di situazioni di conflitto di interessi, reali, potenziali adducendo, in tal caso anche tutte le proprie misure atte a scongiurare che dalla situazione indicata possa nascere una turbativa della parità di trattamento dei concorrenti.

Al riguardo, è possibile sottolineare, in linea con la linea guida OLAF, che, la dichiarazione dell'operatore economico deve essere resa "per quanto a sua conoscenza" non potendo pretendersi dallo stesso operatore una capillare conoscenza, al momento della presentazione del documento di gara unico europeo, di tutti i soggetti che sono intervenuti in fase di progettazione e/o in fase di validazione o ancora in fase di strutturazione della gara all'interno della stazione appaltante.

Inoltre, va sottolineato che la causa di esclusione di cui all'articolo 80 comma 5 lett. d) fa riferimento all'operatore economico e non ai soggetti di cui all'articolo 80, comma 3, ossia a tutti quei soggetti tenuti a dichiarare l'insussistenza di condanne definitive a proprio carico o di misure di prevenzione ai sensi della normativa antimafia.

#### 11- BANDI DI GARA, PROTOCOLLI DI LEGALITÀ E PATTI DI INTEGRITÀ

Quanto alla possibilità di inserire nei protocolli di legalità obblighi in materia di comunicazione dei conflitti di interesse l'Autorità suggerisce che in tale sede si inseriscano la richiesta di preventiva dichiarazione sostitutiva della 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.

Tale richiesta, con riferimento al momento della gara è già prevista dal Documento di gara unico europeo; pertanto queste clausole non aggiungerebbero nulla rispetto alle già vigenti prescrizioni.

Al riguardo si osserva che il rafforzamento delle misure di controllo e di prevenzione contro i fenomeni corruttivi – di per sé corretto – non dovrebbe appesantire o penalizzare con adempimenti meramente formali le imprese serie, che operano onestamente nel settore.

Le sanzioni a carico dell'operatore economico, liberamente modulabili dalla stazione appaltante, rischiano di tradursi in un ulteriore aggravio dell'operatore economico, soprattutto di fronte ad una fattispecie, quale quella del conflitto di interessi estremamente evanescente.

## 5. Anisgea

Rif. paragrafo 2 – Definizione del conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42 del Codice dei contratti pubblici

Si concorda con l'impostazione che va a delineare in modo specifico l'ambito soggettivo della norma, contemplando la stazione appaltante, nella sua qualità di persona giuridica, tra i soggetti potenzialmente collusi, laddove sussista un rapporto di controllo e/o collegamento ex art. 2359 del codice civile tra la Committente stessa e taluno dei concorrenti alla gara.

Si ritiene, inoltre, importante sottolineare che tale previsione deve necessariamente contemplare anche le ipotesi in cui sussista un legame indiretto tra la "società" committente e la "società" concorrente. Si pensi, ad esempio, al caso in cui una società terza eserciti un controllo/influenza dominante/influenza notevole sia nei confronti della stazione appaltante che dell'operatore economico che partecipa alla gara.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene opportuno specificare ulteriormente l'ipotesi integrativa del conflitto di interessi aggiungendo in chiusura del punto 2.2 il seguente inciso:

"[...], anche di tipo indiretto".

Rif. paragrafo 4 – Ambito soggettivo di applicazione dell'articolo 42

Per coerenza con quanto definito al paragrafo 2, si ritiene necessario specificare che l'ambito dell'articolo 42 si riferisce anche alle "società" nel loro complesso considerate, assumendo rilevanza la sussistenza fra le stesse dei rapporti di cui all'art. 2359 c.c., come sopra specificato.

Si propone, pertanto, di aggiungere in chiusura del paragrafo 4 l'espressa previsione, tra i soggetti interessati, anche dell'ente committente inteso nella sua qualità di "persona giuridica".

Rif. paragrafo 9 – Esclusione dalla gara del concorrente, annullamento dell'aggiudicazione e risoluzione del contratto

Con riferimento al paragrafo 9.1, alla luce di quanto previsto al paragrafo 2.2 con il quale si riconosce che la situazione di conflitto di interessi è riferibile alla stazione appaltante considerata come persona giuridica, si ritiene opportuno prevedere espressamente che nelle ipotesi di cui all'art. 2359 del codice civile, nonché laddove sussista un collegamento indiretto tra committente e operatore economico che partecipa alla gara, debba essere inserita un'apposita ipotesi di esclusione.

In tali ipotesi, infatti, il rischio che il concorrente venga indebitamente avvantaggiato in ragione del legame societario intercorrente con la stazione appaltante non risulta altrimenti eliminabile se non attraverso l'esclusione del concorrente, non sussistendo, di fatto, rimedi in grado di garantire l'imparzialità di quest'ultima nell'espletamento della gara.

In tali ipotesi, pertanto, conflitto di interessi dovrà dirsi, pertanto, presunto e condurre all'esclusione del concorrente in virtù di quanto previsto all'art. 80, comma 5, lett. d) del D.Lgs. 50/2016.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si ritiene opportuno aggiungere in calce al paragrafo 9.1 la seguente previsione:

“4. il conflitto di interessi è da ritenersi presunto e non altrimenti eliminabile laddove si configuri tra la stazione appaltante ed il concorrente un rapporto di controllo o collegamento ex articolo 2359 del codice civile, ivi comprese le ipotesi di collegamento indiretto, sussistenti, ad esempio, nel caso in cui una società intermedia detenga il diritto di voto per almeno un quinto dei voti nell’assemblea ordinaria, rispettivamente, della stazione appaltante e dell’impresa concorrente”.

## 6. Confindustria servizi

Rif. paragrafo 2 – Definizione del conflitto di interesse ai sensi dell’art. 42 del Codice dei contratti pubblici

La Federazione concorda e apprezza impostazione delle Linee Guida proposta relativamente al conflitto di interesse di cui all’art. 42 del codice dei contratti pubblici e, in particolare, l’estensione di cui al punto 2.2 dell’ambito soggettivo della norma, includendo anche le stazioni appaltanti tra i soggetti potenzialmente in conflitto di interesse, laddove sussista un rapporto di controllo e/o collegamento ex articolo 2359 del codice civile tra la committente e taluno dei concorrenti alla gara.

Il conflitto di interesse può manifestarsi anche nelle ipotesi in cui sussista un legame indiretto tra la “società” committente e la “società” concorrente. E’ il caso, ad esempio, in cui una società terza eserciti un controllo/influenza dominante/influenza notevole sia nei confronti della stazione appaltante che dell’operatore economico che partecipa alla gara. Pertanto, si propone di integrare il punto 2.2 come segue:

“Il conflitto di interesse può manifestarsi anche direttamente in capo alla stazione appaltante, come avviene, ad esempio, nell’ipotesi in cui tra la stessa e un concorrente esista un rapporto di controllo o collegamento ex articolo 2359 del codice civile, anche di tipo indiretto”.

Rif. paragrafo 4 – Ambito soggettivo di applicazione dell’articolo 42

Coerentemente alle integrazioni proposte al punto 2.2, si ritiene necessario specificare che l’ambito dell’articolo 42 si riferisce anche alle società nel loro complesso considerate, assumendo rilevanza la sussistenza fra le stesse dei rapporti di cui all’art. 2359 c.c., come sopra specificato.

Si propone, pertanto, di aggiungere in chiusura del paragrafo 4 l’espressa previsione, tra i soggetti interessati, anche dell’ente committente quale persona giuridica.

Rif. paragrafo 9 – Esclusione dalla gara del concorrente, annullamento dell’aggiudicazione e risoluzione del contratto

Alla luce di quanto previsto al paragrafo 2.2 e delle proposte integrazioni di cui sopra, si ritiene opportuno prevedere un’apposita causa di esclusione nelle ipotesi di cui all’art. 2359 del codice civile nonché ove sussista un collegamento indiretto tra committente e operatore economico che partecipa alla gara.

Non si può in alcun modo escludere il rischio che venga dato un indebito vantaggio ad una società partecipata, direttamente o indirettamente, da parte della stazione appaltante, in particolare nei casi in cui l’attribuzione del punteggio nelle gare secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa non sia legata a criteri oggettivi ma a valutazioni discrezionali dell’offerta tecnica presentate.

In tali ipotesi, infatti, il rischio che il concorrente venga indebitamente avvantaggiato in ragione del legame societario intercorrente con la stazione appaltante non risulta altrimenti eliminabile se non attraverso l’esclusione del concorrente, non sussistendo, di fatto, ulteriori interventi e strumenti in grado di garantire l’imparzialità di quest’ultima nell’espletamento della gara.

Il conflitto di interessi dovrà dirsi, pertanto, presunto e condurre all'esclusione del concorrente in virtù di quanto previsto all'art. 80, comma 5, lett. d) del D.Lgs. 50/2016.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si ritiene opportuno aggiungere in calce al paragrafo 9.1 la seguente previsione:

“4. il conflitto di interessi è da ritenersi presunto e non altrimenti eliminabile laddove si configuri tra la stazione appaltante ed il concorrente un rapporto di controllo o collegamento ex articolo 2359 del codice civile, ivi comprese le ipotesi di collegamento indiretto, sussistenti, ad esempio, nel caso in cui una società intermedia detenga il diritto di voto per almeno un quinto dei voti nell'assemblea ordinaria, rispettivamente, della stazione appaltante e dell'impresa concorrente”.

## 7. Utilitalia

Al par. 2.2 del documento posto in consultazione si legge che «Il conflitto di interesse può manifestarsi anche direttamente in capo alla stazione appaltante, come avviene, ad esempio, nell'ipotesi in cui tra la stessa e un concorrente esista un rapporto di controllo o collegamento ex articolo 2359 del codice civile».

Come ben noto a codesta Autorità, la previsione in esame trae fondamento da una recente pronuncia del giudice amministrativo (T.A.R. Campania, Salerno, n. 524/2018) nella quale si è reputato che può aversi conflitto di interessi, rilevante ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016, anche quando la stazione appaltante ha collegamenti societari con uno dei concorrenti alla gara pubblica, rilevandone elementi nella partecipazione (diretta o indiretta) alla società concorrente nella procedura pubblica, così come nella capacità dell'ente locale appaltante di influenzare le decisioni strategiche della società con direttive impartite agli amministratori. L'Autorità pare, altresì, consapevole che tale orientamento costituisce un caso isolato nella giurisprudenza, dal momento che ben altri arresti – e di secondo grado – hanno da sempre sostenuto che la compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente non determina alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento, dovendo invece sussistere prove in ordine a specifiche violazioni delle regole di evidenza pubblica (cfr., ex multis, Cons. Stato, nn. 3401/2018, 3499/2008, 6325/2004; CGA, n. 692/2002; TAR Puglia - Lecce, n. 801/2013; TAR Lombardia - Milano, n. 458/2012).

Proprio in relazione a tali profili si svolgono le seguenti osservazioni.

1. La sentenza che ha dato luogo all'interpretazione potenzialmente accolta nella bozza di Linee guida è oggetto di gravame dinanzi al Consiglio di Stato e non appare inverosimile che la stessa sia riformata in appello. Conseguentemente, si reputa opportuno che ogni decisione sul tema sia assunta successivamente e sulla base delle indicazioni che saranno fornite dal Consiglio di Stato.

2. Come noto, e come affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3401/2018, la fattispecie di cui all'art. 42, comma 2, riferisce il conflitto di interesse al solo “personale” della stazione appaltante, contemplando al comma 3 procedure e istituti (comunicazione del conflitto/astensione/responsabilità amministrativa, penale e disciplinare) propri delle persone fisiche.

Sebbene la giurisprudenza abbia fornito una interpretazione estensiva della nozione di “personale”, la stessa non si è mai spinta - tranne nel caso citato - oltre il dato letterale, superando l'individualità del singolo e riferendo il possibile conflitto di interesse direttamente in capo a tutta la stazione appaltante in quanto soggetto giuridico.

Una tale previsione avrebbe quale primo evidente vizio quello di travalicare la lettera e la ratio della regola, che promana anzitutto dalla norma europea di cui l'art. 42 costituisce attuazione, ovvero l'art. 24 della

direttiva 2014/24/UE (nelle lingue ufficiali dell'Unione Europea, il termine – tradotto in italiano come “personale” – è “membres du personnel” in francese e “staff members” in inglese).

La disposizione europea prevede infatti che “Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto.”. È pertanto evidente che la volontà del Parlamento Europeo era che gli Stati membri, nell'attuazione della Direttiva, garantissero una “soglia minima” (cfr. l'avverbio “almeno”) di tutela nel disciplinare i casi al ricorrere dei quali possa dirsi integrata l'ipotesi di conflitto di interessi; e tale soglia minima è rappresentata dai soli casi in cui il personale – o, meglio, per riprodurre fedelmente le versioni nelle lingue ufficiali dell'UE, i membri dello staff – della stazione appaltante abbiano interessi comuni con l'operatore economico.

Se così è, la diversa interpretazione di cui si discorre si pone doppiamente in contrasto con le norme sopra richiamate. È infatti evidente che il Legislatore italiano, nell'attuare la direttiva, ha inteso “limitarsi” a garantire quella soglia minima di tutela, riproducendo fedelmente il testo della direttiva. Pretendere di dare un senso estensivo alla norma, ovvero ricomprendere anche i casi in cui il conflitto di interessi sussista in capo alla persona giuridica stazione appaltante, è operazione ermeneutica che si scontra con la volontà stessa del legislatore – l'unico che avrebbe potuto legittimamente introdurre altre ipotesi di conflitto di interesse – laddove ha deliberatamente deciso di “fermarsi” alla soglia minima di tutela imposta dalla direttiva.

Per altro verso, equiparare la “persona giuridica” a “personale” o, meglio, a “membri dello staff”, nozione che chiaramente rimanda alle sole persone fisiche portatrici di interessi in conflitto, rappresenta una interpretazione *contra legem*, in palese contrasto con i criteri di cui all'art. 12 delle preleggi. Sul punto, rileva peraltro l'art. 53 d.Lgs. n. 165/2001, per effetto del quale tutti i concorrenti devono dichiarare di non aver assunto ex dipendenti pubblici in grado di influenzare la gara e il contratto. Questo è confermativo del fatto che il rapporto tra operatore economico ed ente locale/stazione appaltante è identificato in relazione alle persone, ed è dunque questo il perimetro applicativo che deve avere anche l'art. 42.

3. La formulazione contenuta nella bozza di Linee guida, richiamando per intero le previsioni di cui all'art. 2359 c.c., contempla un'ipotesi di conflitto di interesse non solo nei casi di controllo ma addirittura anche di mera partecipazione dell'ente alla compagine societaria del concorrente. La formulazione è ancor più invasiva se si considera che non è limitata al controllo o collegamento in via diretta da parte della stazione appaltante, ma anche alle ipotesi di controllo di fatto.

Ciò si traduce nella circostanza che qualsivoglia società pubblica, per effetto della mera partecipazione societaria da parte dell'amministrazione di riferimento, si troverebbe di per ciò solo in una situazione di conflitto di interesse; di talché alla stessa sarebbe preclusa – salvi accorgimenti che, come si dirà di seguito, paiono fin troppo gravosi e impattanti – la partecipazione alle gare indette dall'ente medesimo, in pieno contrasto con il diritto europeo che prevede ed enfatizza la neutralità della natura -pubblica o privata- delle imprese, specie quando esse concorrono in una procedura di evidenza pubblica.

Tale soluzione vanifica completamente le finalità di una partecipazione pubblica in società, fenomeno che consente alle amministrazioni di operare in forma societaria per le finalità istituzionali ad esse riferite. Di ciò vi è riprova nel Testo unico sulle società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016), il cui art. 4, al comma 1, esplicitamente prevede che «le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non

strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». Non si può dimenticare che il d.lgs. n. 175/2016 è testo unico volto a mettere ordine in una legislazione più che ventennale, che ha condotto a una riforma radicale della pubblica amministrazione e che ha introdotto la separazione tra funzioni di programmazione e direzione e funzioni di gestione, individuando negli strumenti societari una alternativa ai contratti di appalto e concessione che permettessero alle stazioni appaltanti una maggiore compartecipazione nella gestione, ma solo a fronte del rispetto di regole di separazione giuridica precise. L'imposizione del divieto che traspare dalle Linee guida determinerebbe una evidente frattura del sistema non giustificata da alcun fenomeno sopravvenuto. La razionalizzazione che gli enti locali hanno dovuto presentare alla Corte dei conti in adempimento alle norme preposte al controllo della contabilità pubblica ha individuato un elemento essenziale nella funzionalità e nella redditività delle partecipate/controllate; impedire ad esse di partecipare alle gare per divenire assegnatarie di servizi, lavori e forniture vorrebbe dire contrastare con questi atti di programmazione della gestione del portafoglio degli enti locali/stazioni appaltanti, provocando nel breve periodo un impoverimento progressivo sia delle persone giuridiche operatori economici sia delle persone giuridiche soci.

Pertanto, l'interpretazione che codesta Autorità vorrebbe percorrere si pone pacificamente in contrasto con tale norma, finendo per consentire la partecipazione delle società pubbliche solamente nelle gare indette da altre amministrazioni e quindi al di fuori del loro ambito di pertinenza. E, per converso, ad indurre le amministrazioni che intendono operare attraverso modelli societari a costituire esclusivamente società in house, con l'effetto di favorire gli affidamenti diretti.

Tali effetti, peraltro, contrasterebbero con altre norme esistenti nell'ordinamento: ad esempio il comma 9 bis dello stesso art. 4 (introdotto dal decreto correttivo) che consente alle amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, «anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento», solo qualora l'affidamento dei servizi, in corso o nuovi, sia avvenuto o avvenga tramite gara. La possibilità, quindi, di mantenere società che operano al di fuori dell'ambito di riferimento è considerata come ipotesi "speciale", sottoposta a precise condizioni.

Ulteriormente, la possibilità di partecipare a gare pubbliche indette dall'amministrazione detentrici di partecipazione è contemplata in talune discipline di settore: ad esempio nel settore della distribuzione del gas, il d.lgs. n. 164/2000, nel prevedere quale unica forma di affidamento quella tramite gara (art. 14), consente alle società pubbliche in house, finora svolgenti tale servizio, di partecipare comunque alle prime gare che saranno indette dagli ambiti territoriale di riferimento (art. 15, comma 10).

Non si può dimenticare l'evoluzione normativa intervenuta tra il 2010 e oggi per permettere la piena partecipazione a tutti gli operatori economici alle procedure ad evidenza pubblica su un piano di parità, senza considerare precedenti affidamenti come motivi di limitazione. Il sistema infatti ha creato organismi, quali le autorità di settore, in grado di sterilizzare gli effetti di posizioni di gestione qualificate. Pertanto, una presunzione derivante dalla sola formazione del capitale sociale non può introdurre – con atto amministrativo e non con legge di pari grado rispetto alle precedenti – limiti alla capacità di operare della persona giuridica operatore economico.

4. Il conflitto di interesse, rilevante ai sensi dell'art. 42 del D.lgs.50/2016, non determina in modo automatico l'esclusione dalla gara del concorrente interessato. Difatti, l'art. 80, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016 prevede che debba giungersi all'esclusione del concorrente solo ove la situazione di conflitto di interesse non sia diversamente risolvibile.

Ciò vuol dire che il conflitto di interesse non può essere mai potenziale, ma concreto ed attuale, dovendo manifestarsi e provarsi nel caso di specie (come peraltro sostenuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, VI, 11 luglio 2008, n. 3499, citata nella bozza di Linee guida).

Al contrario, codesta Autorità dà rilievo a situazioni di conflitto di interesse non ancora attuale e non provato. Difatti, al paragrafo 9.1, n. 2), si legge che l'esclusione è disposta se «per ragioni organizzative non altrimenti superabili, da motivare adeguatamente, sono assolutamente impossibili sia la sostituzione del soggetto che versa nella situazione di conflitto di interesse, sia l'avocazione dell'attività al responsabile del servizio e, inoltre, non è possibile l'adozione di misure aggiuntive di contrasto del rischio di interferenza o tali misure sono considerate, sempre con adeguata motivazione, insufficienti ad escludere il rischio medesimo», con la specificazione che l'impossibilità assoluta di sostituire il dipendente può derivare «ad esempio [...] dall'impossibilità di risolvere il conflitto di interessi con la sostituzione di uno specifico soggetto, ciò che accade, ad esempio, nel caso in cui tra la stazione appaltante e un concorrente vi siano collegamenti societari che comportano, di per sé, un rischio di interferenza diffuso all'intera compagine amministrativa». La bozza di Linee guida considera, quindi, la situazione del collegamento (e controllo) societario come un'ipotesi che, tout court, non può essere risolta con la sostituzione di uno specifico soggetto, e che quindi determina sempre e comunque l'esclusione del concorrente. In sostanza, per un operatore economico, il solo fatto statico di avere un rapporto di controllo o collegamento con una stazione appaltante costituisce una causa "speciale" di esclusione, operante peraltro automaticamente e senza alcuna valutazione da parte della stazione appaltante. Nella lettura dell'Autorità non può esservi alcuna diversa soluzione e il conflitto non può essere superato.

Così argomentando, però, non solo si introduce una particolare causa di esclusione che non trova fondamento nelle norme (significativamente nell'art. 80), in palese violazione dunque del principio di tassatività delle cause di esclusione, ma si contravviene anche lo spirito della normativa medesima laddove rimette espressamente alle amministrazioni aggiudicatrici la valutazione dei conflitti d'interesse e l'adozione di eventuali misure in proposito.

A ciò si aggiunga che una tale ricostruzione trascura completamente che l'ordinamento già prevede, quale strumento per garantire la trasparenza e la parità di trattamento degli operatori, proprio lo svolgimento di una procedura che, attraverso i propri istituti e strumenti (come, ad esempio, la nomina di commissari esterni individuati nell'Elenco ANAC), è volta ad evitare o risolvere tali situazioni. È per tale ragione, infatti, che il Consiglio di Stato, nella sentenza prima richiamata, richiede che vi siano state "specifiche violazioni delle regole di evidenza pubblica".

Posto che le gare pubbliche sono considerate proprio lo strumento per l'apertura al mercato, l'esclusione a priori di un concorrente (seppur impresa pubblica) costituirebbe una grave violazione del diritto di concorrenza.

A ciò si aggiunga che, come noto, numerose imprese pubbliche locali, in linea con l'evoluzione normativa nazionale e comunitaria in materia di servizi pubblici locali, si sono quotate o strutturate per l'esercizio in forma imprenditoriale e concorrenziale della gestione di servizi pubblici, il cui affidamento presuppone (anche) lo svolgimento di procedure di evidenza pubblica; queste imprese, molto spesso società quotate o società a partecipazione indiretta di secondo o terzo livello, nascono per poter concorrere sul mercato, e per esse non può in alcun modo prefigurarsi un conflitto di interesse, neppure in via potenziale, in quanto l'amministrazione non ha modo di esercitare un controllo pregnante. E difatti, ad ulteriore dimostrazione della estraneità dell'elemento della partecipazione societaria della stazione appaltante rispetto al conflitto d'interesse basta citare, del resto, l'apposito documento redatto dalla Commissione Europea, Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), intitolato «Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali», nel quale si indicano in dettaglio non solo le ipotesi di conflitto d'interessi, ma anche i "segnali" che possono richiedere la verifica da parte della stazione

appaltante sull'esistenza di un conflitto d'interesse: fra queste ipotesi e "segnali" non appare mai l'esistenza di una società mista o la partecipazione societaria a qualsiasi titolo della stazione appaltante.

5. Una ulteriore considerazione deve essere spesa con riferimento alla particolare situazione delle imprese pubbliche.

Appare, infatti, contraddittorio applicare l'art. 42 del Codice dei contratti pubblici alle imprese pubbliche, le quali, se operanti nei cc.dd. settori speciali, sono soggette al Codice appalti, allorché debbano (Ad. Plen. 16/11) fare acquisti (superiori alle soglie comunitarie e) strettamente strumentali alle attività da esse gestite nei medesimi settori speciali.

Invero, tali soggetti – a tutti gli effetti privati e operanti sul mercato – possiedono strumenti diversi a tutela dai rischi di conflitto di interessi: si pensi ai codici etici, ai modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001, etc.

Tant'è che l'art. 114 del Codice, nel rinviare agli artt. 1-58, ne prevede l'applicabilità "in quanto compatibili"; in considerazione dell'ambito di applicazione delle norme di cui l'art. 42 costituisce completamento e corollario per i contratti pubblici, è evidente come tale norma non possa applicarsi alle imprese pubbliche. Essa infatti poggia su istituti e previsioni tipiche dell'impiego pubblico: concetti del tutto estranei alle imprese pubbliche.

Una situazione di eventuale conflitto di interessi tra stazione appaltante-impresa pubblica e partecipante alla gara sarà disciplinata da altre regole privatistiche. Va al riguardo ricordato che il d.lgs. n. 175/2016 ribadisce che le società, per quanto a partecipazione pubblica, rispondono ai dettami del codice civile e sono interessate dalle norme pubblicistiche solo nei limiti di speciale applicazione e ove espressamente previsto.

La correttezza di tale ragionamento è confermata anche da quanto affermato da codesta Autorità laddove ha ricordato che, per i dipendenti privati, gli obblighi di segnalare le situazioni di potenziale conflitto di interessi "si rinvergono nei modelli di organizzazione e gestione di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, nonché nei codici etici aziendali, documenti che rappresentano l'impegno assunto dalle società per un comportamento conforme alla legge": a riprova del fatto che i soggetti privati hanno strumenti diversi di prevenzione, che rendono superflua (se non addirittura fuorviante di implicazioni pericolose e cortocircuiti normativi) l'applicazione anche a loro dell'art. 42.

Quanto precede vale a maggior ragione per le società quotate (e relative controllate). Senza riprendere la ultradecennale sequela di norme che esentano le quotate dalle disposizioni pubblicistiche dirette alle altre società pubbliche, giova qui ricordare che: (a) da un lato, lo stesso d.lgs. n. 175/2016 esenta le società quotate dall'applicazione delle altre disposizioni da esso recate relative alle società a controllo o a partecipazione pubblica e (b) le quotate dispongono di altri rimedi onde prevenire i rischi che la norma in questione vorrebbe scongiurare.

Sicché, assoggettare le imprese pubbliche, a maggior ragione se quotate, ad adempimenti quali quelli ex art. 42 sarebbe in contrasto con il principio di proporzionalità (art. 5 TUE) e certamente non compatibile giusta art. 114 del Codice dei contratti pubblici.

## C) DIPENDENTI PUBBLICI

### 8. Alessandro Gnocchi (dipendente Provincia di Treviso)

Si rileva un errore nella numerazione dei paragrafi dopo il 2 fino al 5.

Forse per tale motivo può non sembrare del tutto chiara e univoca l'individuazione dei soggetti tenuti alle dichiarazioni di assenza di conflitti laddove al paragrafo 3 (in realtà 4), punto 3.1, sono elencati i soggetti a cui si applicano le disposizioni. Sarebbe perciò utile nei successivi richiami fare riferimento allo specifico punto del paragrafo: es. nel punto 5.1 (in realtà 6.1) e aggiungerlo nel punto 4.1 (in realtà 5.1).

Inoltre potrebbe essere utile esplicitare meglio se le dichiarazioni di cui al punto 4.1 (in realtà 5.1) siano ulteriori o possano assorbire, o essere assorbite, da quelle (dichiarazione sostitutiva) indicate al paragrafo 5 (in realtà 6).

Al punto 3.1 (in realtà 4.1) si potrebbe meglio esplicitare che nella prima fattispecie di soggetti indicati ricadono - a titolo di esempio - quelli poi indicati al punto 5.1 (in realtà 6.1). Sarebbe anche utile - a favor di chiarezza - esplicitare che l'esempio a cui si fa riferimento nel secondo capoverso è relativo a "tutti coloro che, in base ad un valido titolo giuridico, ...". Ciò onde evitare l'impressione che ci sia un sottoinsieme di soggetti (tra i lavoratori subordinati) per il quale si applica il possibile conflitto di interessi quando invece la previsione - come indica proprio il punto 3.1 (in realtà 4.1) ha validità e portata ampissima.

La previsione di una dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR 445 ingenera il dubbio (o la certezza) che eventuali errori, o errata - per superficialità e non per "dolo" - valutazione di un potenziale conflitto esponga il dichiarante alle sanzioni penali connesse a tale normativa. Va da sé che una responsabilità disciplinare non può trascendere in automatica responsabilità penale specie laddove si tratti di situazione "border line". Altrimenti sarebbe assai probabile che le stazioni appaltanti si trovino in estrema difficoltà a reperire personale interno disposto a lavorare a una gara con il conseguente rischio di irrigidire e ostacolare ulteriormente le procedure di gestione degli appalti pubblici così intimamente legate al rilancio degli investimenti del Paese.

### 9. Davide Violato (dipendente Istituto Zooprofilattico delle Venezie)

In relazione al paragrafo 6 della bozza delle linee guida relative a "individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici", ancorché il presente modulo non corrisponde pienamente ai paragrafi delle linee guida citate, si osserva che ai sub paragrafi 6.4 e 6.8, relative alle dichiarazioni sostitutive, la proposta non si coniuga con una necessaria semplificazione, né tantomeno con la dematerializzazione o sburocratizzazione, ma anzi, in senso soggettivo (i soggetti coinvolti nel formulare le dichiarazioni) aumenteranno la mole dei dati, siano essi cartacei o file. Ancor più complessa l'auspicata protocollazione di tutte le dichiarazioni. Manca alla base una proporzione per graduare l'onerosità delle disposizioni in base alla complessità dell'appalto o al valore. Il livello di complessità appare eccessivo, e, quindi contrario ai principi di efficienza, economicità e buon andamento. Inoltre si prevede sempre la forma della dichiarazione come unica forma di responsabilità e non invece i comportamenti in negativo: a informazioni ricevute, non necessariamente da sottoscrivere come consenso informato, il soggetto ha l'obbligo di astensione e in caso di conflitto di interesse viene sanzionato, penalmente sanzionato. Insomma cambiare approccio.

## D) IMPRESE PRIVATE

### 10. Valerio Di Monte

In merito al paragrafo 4 "Dichiarazione sostitutiva ai sensi degli articoli 6, comma 1, del d.P.R. 62/2013 e 6-bis della legge 241/90", ritengo fondamentale e condivido pienamente quanto riportato da codesta

Autorità al punto 4.2 “La dichiarazione di cui all’articolo 6, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 62/2013 dovrebbe avere ad oggetto la sussistenza di conflitti di interesse potenziali che possono insorgere già nella fase dell’individuazione dei bisogni dell’amministrazione e ancor prima che siano noti i concorrenti.”.

In particolare, l’anticipazione della dichiarazione “ancor prima che siano noti i concorrenti” è di massima importanza al fine di non comportare un mero aggravio nella procedura di gara per la Stazione Appaltante, che in caso contrario, comporterebbe un allungamento della procedura non indifferente. Si tenga conto che l’analisi di una possibile sussistenza di conflitti di interesse per un soggetto che interviene a qualsiasi titolo nel ciclo di vita dell’appalto, ed in particolare nella fase di affidamento (commissari di gara, ecc.) non è una cosa che si può fare in tempi brevissimi o a “cuor leggero”, viste anche le possibili sanzioni in cui si può incappare. Sull’argomento avevo già inoltrato un mio intervento in occasione delle consultazioni per le Linee Guida n. 5, che potete trovare al n. 80 delle osservazioni pervenute, ove evidenziavo la complessità delle possibili cause che possono comportare l’astensione. L’anticipazione preventiva della dichiarazione di che trattasi, contenente un elenco di operatori economici con i quali sussiste causa di astensione, mi pare l’unica soluzione possibile per evitare un ulteriore elemento che andrebbe ad aggravare la situazione di stallo in cui ci troviamo negli appalti pubblici. Per esempio, i possibili commissari di gara la potrebbero fare al momento della richiesta di iscrizione nell’apposito albo. Ovviamente bisogna prevedere anche un aggiornamento periodico delle dichiarazioni ogni qualvolta ci siano delle mutazioni. Una volta conosciuto l’elenco dei concorrenti in una procedura, la stazione appaltante non dovrà fare altro che confrontare questo elenco con le dichiarazioni preventive dei soggetti che dovranno intervenire nella procedura e qualora sussiste coincidenza determinarne automaticamente l’astensione e l’eventuale sua sostituzione, o qualora “non diversamente risolvibile” l’esclusione del concorrente.

In merito al paragrafo 11 “Bandi di gara, protocolli di legalità e patti di integrità”, non condivido assolutamente quanto proposto da codesta Autorità, ed in particolare la previsione di “prescrizioni a carico dei concorrenti e dei soggetti affidatari mediante cui si richiede la preventiva dichiarazione sostitutiva della 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”.

Ritengo che non possiamo fare una doppia disciplina di medesime dichiarazioni, una volta a carico dei soggetti coinvolti inerenti le stazioni appaltanti ed un’altra volta a carico dei concorrenti e soggetti affidatari. Sempre in funzione di uno snellimento delle procedure, se tali dichiarazioni sono fatte dai soggetti delle stazioni appaltanti, non dovrebbero farle anche i concorrenti. A quale scopo si dovrebbero far fare anche a questi ultimi, forse per un possibile controllo incrociato? I concorrenti, a mio avviso, dovrebbero continuare a fare solo le dichiarazioni di cui all’art. 80 del Codice.

Codesta Autorità propone addirittura ulteriori protocolli di legalità e patti di integrità, come se non ce ne fossero già abbastanza, tutti perfettamente inutili. E poi propone anche “sanzioni a carico dell’operatore economico, sia in veste di concorrente che di aggiudicatario, nel caso di violazione degli impegni sottoscritti” – come dire: il regime da tribunale dell’inquisizione continua. Sbaglio o sono già previste diverse possibili sanzioni a carico degli operatori economici nel nostro ordinamento oppure ne vogliamo aggiungere ancora altre?

Per chiudere ritengo che complessivamente anche questa proposta di linee guida va nel senso contrario a quello della semplificazione. Nonostante da tutte le parti arrivano richieste, persino accorate, di semplificazione (intesa come cose burocratiche in meno da fare), c’è chi invece continua a propinare disposizioni meramente burocratiche in aggiunta a quelle esistenti. Alla faccia della semplificazione! Evidentemente questa parola è proprio dura da digerire.

E’ pur vero che stiamo parlando di linee guida non vincolanti. Tutti coloro che in questi ultimi mesi hanno cercato di far valere verso le stazioni appaltanti disposizioni contenute nelle Linee Guida, hanno potuto

appurare il valore che viene dato dalle stazioni appaltanti alle Linee Guida, a quelle vincolanti pari al “due di picche”, mentre a quelle non vincolanti pari a “un sacchetto dell'immondizia”.

#### 11. Johnson & Johnson Medical s.p.a.

Riguardo alla richiesta di specificare se vi sia “necessità di chiarire espressamente situazioni particolari”, indicata al paragrafo 1, si ritiene che le Linee Guida possano efficacemente svolgere la loro funzione proprio se conterranno indicazioni precise su come considerare delle situazioni particolari che nella prassi si verificano molto spesso.

Previsione di casi da non considerare “conflitto di interesse”

In particolare, si consideri che l'art. 77 del D Lgs n. 50/16 prevede che “la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto” (co. 1) e che i commissari di gara sono scelti tra quelli iscritti in un apposito Albo. Ebbene, considerando l'indispensabile specializzazione che i commissari di gara devono avere, in alcuni settori (si pensi a quello sanitario) è inevitabile che tra gli esperti iscritti nell'apposito Albo da cui attingere per la nomina dei commissari si trovino in grandissima parte professionisti che hanno avuto rapporti con le imprese concorrenti nelle procedure di gara, cui tali professionisti sono chiamati a fungere da commissari. Si pensi a contratti di consulenza (ad esempio affidamento dell'incarico di CTP in un contenzioso) da parte di un'impresa ovvero a casi in cui il professionista sia stato invitato a frequentare corsi o eventi di formazione professionale a spese di un'impresa. Al fine di consentire che tali situazioni siano trattate e valutate in maniera omogenea sull'intero territorio nazionale da tutte le stazioni appaltanti, si ritiene che debba essere previsto espressamente che NON costituiscono casi di conflitto d'interesse rilevanti ai fini dell'art. 42 del D. Lgs. n. 50/16 tutte quelle situazioni in cui il dipendente pubblico:

1) previa ricezione dell'apposita autorizzazione ex art. 53 del D. Lgs. n. 165/01 (Testo Unico del Pubblico Impiego) abbia ricevuto da un'impresa partecipante alla procedura di affidamento un incarico di consulenza che

a) indipendentemente dal compenso previsto e dalla data di conferimento e ultimazione dell'incarico, sempre che quest'ultimo non sia ancora in corso, abbia avuto ad oggetto lo svolgimento dell'attività di Consulente Tecnico di Parte (“CTP”) ex art. 201 c.p.c. o equivalenti nel caso di giudizi diversi da quello civile; ovvero

b) a prescindere dal suo oggetto, abbia avuto scadenza almeno un certo periodo di tempo (es. 1 anno?) antecedente alla nomina del suo incarico nell'ambito della procedura; ovvero

c) indipendentemente dalla data di cessazione dell'incarico e dal suo oggetto, abbia determinato un compenso a favore del dipendente pubblico inferiore a una certa soglia di valore economico.

2) abbia frequentato corsi di formazione, seminari, workshop o altri eventi di natura educativa che si siano svolti almeno un certo periodo di tempo (es. 1 anno?) antecedente alla nomina del suo incarico nell'ambito della procedura, in tutto o in parte, a spese di un'impresa partecipante alla procedura di affidamento.

Pertanto, le Linee Guida dovrebbero esentare espressamente il dipendente pubblico dall'includere i casi di cui sopra da quelli soggetti agli obblighi comunicativi e dichiarativi di cui alla Parte II del documento posto in consultazione.

Una tale esenzione appare tanto più opportuna alla luce della novità introdotta dal D. Lgs. n. 50/16 di scegliere i commissari di gara da un apposito albo seguendo un criterio di rotazione: in settori caratterizzati dall'elevata specializzazione dei relativi professionisti e dalla necessaria continua loro interazione con le aziende, potrebbe diventare molto difficile trovare commissari che non siano impossibilitati ad essere nominati e dunque assicurare la composizione e il funzionamento del seggio di gara.

Automatica decadenza/impossibilità conferimento dell'incarico in caso di dichiarazione sussistenza conflitto di interesse

Si rileva una certa incongruenza tra quanto indicato a pag. 9 del documento posto in consultazione (§ 6.7), secondo cui "La dichiarazione della sussistenza del conflitto di interesse comporta l'obbligo di astensione dal partecipare alla procedura di affidamento e, in ogni caso, l'impossibilità per l'amministrazione di conferire l'incarico al soggetto interessato. Se il conflitto di interesse si manifesta successivamente al conferimento dell'incarico, conduce alla revoca dello stesso e alla nomina di un sostituto" e quanto indicato a pag. 10 (§ 8.3) secondo cui "Il responsabile dell'ufficio di appartenenza del soggetto interessato o, nel caso di dirigente, il superiore gerarchico, è chiamato a valutare, in contraddittorio con il dichiarante, se la situazione segnalata realizzi un conflitto di interessi idoneo a ledere l'imparzialità dell'azione amministrativa". Si chiede, pertanto, che l'Autorità chiarisca se ritiene che ogni dichiarazione da parte del dipendente pubblico circa la sussistenza di un potenziale conflitto di interesse comporti automaticamente l'impossibilità di conferimento dell'incarico (ovvero la sua revoca) oppure se invece la situazione dichiarata debba essere – come sarebbe più ragionevole attendersi – valutata caso per caso dal superiore gerarchico del dipendente pubblico ovvero da chi l'ha nominato.

Trasparenza piena su soggetti che partecipano a tutte le varie fasi di gara

Al § 4.3 del documento posto in consultazione si ricorda che "[l]'articolo 42 si applica ai soggetti individuati ai punti precedenti che siano coinvolti in una qualsiasi fase della procedura di affidamento (programmazione, progettazione, preparazione documenti di gara, selezione dei concorrenti, aggiudicazione, sottoscrizione del contratto, esecuzione, collaudo, pagamenti) o che possano influenzarne in qualsiasi modo l'esito in ragione del ruolo ricoperto all'interno dell'ente". Al fine di rendere realmente effettiva tale previsione si ritiene utile che le Linee Guida prevedano l'obbligo in capo alle stazioni appaltanti di pubblicare per ogni fase della procedura tutti i soggetti che siano stati coinvolti in una qualsiasi fase della procedura (ivi incluso ad esempio i soggetti che abbia predisposto o contribuito a predisporre i documenti tecnici della procedura).

Esclusione del concorrente nel caso di mancata dichiarazione di sussistenza conflitto di interesse

Al § 9.1 del documento posto in consultazione si riporta che "[l]'esclusione del concorrente dalla gara ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera d) del codice dei contratti pubblici è disposta quando ... il soggetto che versa nella situazione di conflitto di interesse ha omesso la dichiarazione o la comunicazione di cui alla parte II delle presenti Linee guida e ha partecipato in qualunque modo alla procedura di gara o alle fasi propedeutiche della stessa". Tale previsione appare irragionevole nonché eccessivamente penalizzante per il concorrente che si trova escluso a causa di un comportamento negligente di un terzo, ovvero il soggetto che ha omesso di dichiarare la sussistenza di un conflitto di interesse, su cui il concorrente medesimo non può incidere in alcun modo. A tal fine, tale previsione dovrebbe essere coordinata con quanto previsto al §

11.1 secondo cui “Si suggerisce l’inserimento, nei bandi di gara, 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 sostitutiva della 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”. Tuttavia, affinché non si crei un ulteriore aggravio procedimentale a carico dei partecipanti alla gara, sarebbe il caso di circoscrivere e delimitare l’ambito dichiarativo in capo alle imprese prevedendo espressamente che la stazione appaltante indichi nominativamente i soggetti nei confronti dei quali i concorrenti o aggiudicatari devono verificare la sussistenza di un possibile conflitto di interessi e rendere la relativa dichiarazione, fermo restando quanto sopra espresso rispetto alla necessità di esplicitare casi specifici da non considerare alla stregua di conflitti di interesse. Inoltre, si raccomanda di prestare attenzione al fatto che la nomina dei commissari di gara è successiva alla scadenza di presentazione delle offerte così che in offerta i concorrenti potranno indicare la sussistenza di situazioni di conflitto di interesse al massimo rispetto a coloro i quali siano intervenuti nella fase di redazione della lex specialis (ovviamente, se i rispettivi nominativi siano stati resi noti) dovendo poi aggiornare tale dichiarazione successivamente – a gara in corso – all’atto della nomina dei commissari di gara.

## E) CONTRIBUTI ANONIMI

### 12. Anonimo 1

Paragrafo 5.1:

Con riferimento all’indicazione fornita, si suggerisce, quale alternativa meno onerosa, di prevedere una dichiarazione in ordine alle situazioni di conflitto di interesse all’atto di nomina del Responsabile Unico del Procedimento e non riferita alla singola procedura di gara.

La comunicazione dell’interessato circa la sussistenza di un conflitto di interessi nella singola procedura di gara sarà eventualmente resa solo al verificarsi della situazione.

Paragrafo 5.2:

si ritiene che il soggetto che provvede al pagamento ed il soggetto incaricato del monitoraggio dell’esecuzione del contratto intervengono in una fase non critica del procedura e , pertanto, si suggerisce di escludere gli stessi dall’elenco dei soggetti tenuti a rilasciare la dichiarazione relativa alle situazioni di conflitto di interessi.

### 13. Anonimo 2

Con riferimento al paragrafo 2.2 del documento di consultazione recante “Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici” si evidenzia che l’art. 24, comma 2 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, prevede che in sede di recepimento dell’obbligo per le stazioni appaltanti di “prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti d’interesse” nello svolgimento delle procedure di gara al fine di “evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici”, gli Stati membri debbano tenere in considerazione che il concetto di conflitto di interesse debba coprire “almeno” i casi in cui il personale dell’Amministrazione aggiudicatrice abbia un interesse finanziario, economico o altro interesse personale tale da minacciare la propria imparzialità ed indipendenza nel contesto della procedura di appalto.

La legge n. 11 del 28.01.2016, contenente la delega al governo per recepire nell’ordinamento italiano la sopra citata direttiva (oltre alla 2014/23/UE sull’assegnazione delle concessioni e la 2014/25/UE sulle procedura d’appalto di settori specifici) specifica all’art. 1 comma 1 lettera q) che tra i principi e criteri cui il recepimento deve uniformarsi vi è anche l’armonizzazione delle norme in materia di trasparenza e

pubblicità delle procedure di gara al fine di evitare conflitti di interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione.

La norma di cui all'art. 24 della direttiva 2014/24/UE sopra richiamata e lo stesso art. 42 primo comma del D.Lgs. n. 50/2016 che impone alla stazione appaltante, in caso di conflitto d'interesse di "prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto d'interesse" paiono dunque far riferimento ad un concetto di conflitto di interessi ampio e generale che certamente ricomprende, come suggerito dal testo che si commenta, anche le ipotesi in cui sia la stessa stazione appaltante (e non, quindi, solo il suo personale dipendente) a trovarsi in una situazione di potenziale conflitto di interessi.

L'art.42, comma 2, riferito ai conflitti d'interesse relativi al personale della stazione appaltante, parrebbe quindi essere soltanto uno dei casi in cui detto conflitto può manifestarsi non essendo tassative le situazioni di conflitto di interesse ivi evidenziate e ben potendo essere individuate altre situazioni in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost.

Appare innegabile, infatti, che qualora vi sia un rapporto di controllo o di collegamento tra la Stazione appaltante e uno dei concorrenti, ed in particolare qualora vi siano situazioni di controllo diretto, indiretto o congiunto, il conflitto di interessi sia in re ipsa poiché con l'aggiudicazione della gara alla società controllata la stazione appaltante risulta beneficiaria non soltanto dei corrispettivi previsti nel contratto di concessione ma anche degli utili derivanti dalla sua posizione di socio della società aggiudicataria. Ricordiamo che, specialmente nel settore dei servizi pubblici locali ed in particolare in quello della distribuzione del gas naturale, alcuni tra i principali attuali concessionari sono controllati e partecipati dalle Stazioni appaltanti e che in tempi recenti tali soggetti stanno effettuando operazioni societarie di aggregazione ovvero accordi di partenariato al dichiarato fine di rafforzare la loro presenza nei territori di competenza delle Stazioni appaltanti che li controllano (vedasi ad esempio Delibera Anac n.172 del 21.2.2018 in relazione all'acquisizione da parte di A2A S.p.a. del 51% del capitale sociale della multiutility Linea Group Holding S.p.a.; segnalazione n. C12159/DSA effettuata dalla nostra società all'AGCM in relazione all'operazione di concentrazione tra A2A S.p.a. e ACSM Agam S.p.a., che detta Autorità ha dichiarato vi sarebbe stata trasmessa per competenza).

Una volta chiarito che il concetto di conflitto di interesse può riguardare anche la Stazione appaltante, vanno richiamati l'art. 57, comma 4 lett. e) della Direttiva 2014/24/UE e l'art.80, comma 5 lett. d) D.Lgs. n.50/2016 che stabiliscono che qualora il conflitto di interesse non possa essere risolto con misure preventive o meno intrusive, esso comporti la necessità di escludere dalla selezione l'operatore economico che si trovi in detta situazione. Tali disposizioni costituiscono la misura estrema imposta in tali casi alla Stazione appaltante, misura da adottare qualora si ritenga che non vi siano misure preventive alternative adeguate ed efficaci.

Si tratta quindi di verificare se nel caso in cui la Stazione appaltante si trovi in potenziale conflitto d'interessi con un operatore economico controllato o collegato esistano e siano state adottate misure preventive adeguate, senza di che dovrebbe concludersi per la necessità di escludere dalla selezione il concorrente controllato o collegato alla Stazione appaltante.

Al riguardo sembra evidente che le misure preventive che la Stazione appaltante dovrebbe adottare per l'effettuazione delle gare nei casi di cui trattasi dovrebbero essere ulteriori rispetto alle regole previste dallo stesso D.Lgs. n. 50/2016 e dalle altre norme vigenti nonchè dovrebbero essere tali da assicurare che tutte le fasi della selezione avvengano in modo da assicurare la trasparenza e la parità di trattamento dei concorrenti, a partire dalla predisposizione della documentazione necessaria alla pubblicazione del bando e sino all'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

La Stazione appaltante, inoltre, dovrebbe anche assicurare tramite un sistema di controlli interni, la costante verifica del rispetto delle misure preventive e delle regole comportamentali come sopra individuate ed eventuali sanzioni a carico di chi violi le disposizioni di cui trattasi.

L'adempimento dell'obbligo normativo di adottare nei casi di cui sopra un sistema di misure preventive potrebbe avvenire anche attraverso un apposito regolamento o codice di condotta, approvato e pubblicato dalla Stazione appaltante.

Nel merito delle misure che l'ente potrebbe adottare vi sono le seguenti.

L'adozione di obblighi di trasparenza più ampi rispetto a quelli previsti dalla disciplina ordinaria in relazione a tutta la documentazione in possesso della stazione appaltante e della società controllata/partecipata riguardante i rapporti con l'ente socio e con le altre società del gruppo che possa rilevare ai fini della selezione (es. delibere degli organi societari relative a progetti di sviluppo e di investimento sugli impianti, ad accordi infragruppo per l'effettuazione di progetti congiunti di efficienza energetica, corrispondenza relativa alla concessione, ecc.)

Dovrebbero inoltre essere stabilite precise disposizioni per individuare il personale dipendente dell'Ente e per selezionare quello esterno cui affidare le attività concernenti la procedura di affidamento in modo da evitare qualunque possibile commistione tra i ruoli assunti e le attività in precedenza svolte dal personale o dai soggetti esterni rispetto alle attività riferibili alla gestione delle partecipazioni che la Stazione appaltante detiene nella società concorrente e rispetto alle attività svolte da detta società.

A detta rigorosa cernita dovrebbe accompagnarsi un sistema di comunicazioni che garantisca anche durante lo svolgimento della selezione la riservatezza delle informazioni relative alle attività in corso e l'autonomia e l'indipendenza di chi vi provvede rispetto ai soggetti che si relazionano con le società controllate o partecipate.

Particolare cura dovrebbe essere assicurata nella scelta dei commissari di gara incaricati di valutare le offerte presentate dai concorrenti. Per quanto concerne il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale, il DM n. 226/2011 contenente i criteri per l'espletamento delle gare sulla base d'ambito territoriale, prevede già specifiche indicazioni sulla metodologia di scelta dei commissari imponendo che la scelta avvenga tra soggetti estranei all'amministrazione (art.11). Tuttavia si ritiene indispensabile a garantire maggiore trasparenza ed imparzialità sancire espressamente che l'identificazione dei commissari debba avvenire applicando la disciplina prevista dagli art. 77 e seguenti del D.lgs. n.50/2016 e cioè mediante sorteggio tra i soggetti accreditati nell'albo tenuto dall'ANAC, nel quale potrebbe individuarsi apposita sezione riferita proprio alle gare per la selezione dei concessionari del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale e degli altri servizi pubblici locali.

Soltanto in tal modo infatti si potrebbe realizzare un sistema oggettivo e efficace di selezione dei commissari scevro da ogni possibile interferenza locale e ambientale.

Si dovrebbe altresì imporre alla commissione incaricata della valutazione delle offerte dei concorrenti l'adozione di particolare cura nella motivazione delle scelte discrezionali assunte con l'obbligo di dare esplicita rilevanza ad ogni eventuale profilo di disparità, anche informativa, che dovesse emergere nell'esame della documentazione prodotta dai concorrenti. E' evidente infatti che le società controllate dalla Stazione appaltante, in virtù delle particolari relazioni intrattenute con gli enti soci e spesso attuali affidatarie dirette dei servizi messi a gara, dispongono di analitiche ed aggiornate informazioni relative al servizio da affidare e alle prospettive di sviluppo dei territori in cui operano, spesso non note agli altri concorrenti.

Lo stesso rigore argomentativo e probatorio dovrebbe essere infine utilizzato dalla stessa Stazione appaltante nella valutazione dell'operato della commissione e nella conseguente adozione del provvedimento finale di aggiudicazione, assumendo un ruolo di effettiva terzietà rispetto ai concorrenti.