



## Rif. Fascicolo ANAC 2784/2023

### *Da citare nella corrispondenza*

**Oggetto:** Quesito del RPCT dell'Agenzia (*omissis*) in merito all'applicazione della disciplina italiana in materia di *pantouflage* e *whistleblowing* a soggetti esteri per contratti pubblici stipulati all'estero (nota prot. Anac n.39391 del 18.05.2023).

Con riferimento alla nota in oggetto - con la quale è stato richiesto un parere dell'Autorità in merito all'applicabilità degli istituti del *pantouflage* e del *whistleblowing* alle sedi estere dell'Agenzia (*omissis*) - si rappresenta quanto segue.

Si premette che per maggiore chiarezza espositiva, le due questioni saranno trattate separatamente, richiamando la disciplina di riferimento ed eventuali precedenti di questa Autorità in materia.

#### **1. Prima questione – La disciplina del *pantouflage***

La prima questione attiene l'applicabilità del c.d. divieto di *pantouflage* di cui all'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, con specifico riferimento all'inserimento delle clausole contrattuali anti *pantouflage* nei contratti stipulati dalle sedi estere dell'Agenzia (*omissis*).

In merito è utile rammentare che l'Autorità con delibera n. 712 del 4.8.2020 ha già considerato la natura pubblica dell'Agenzia (*omissis*) affermando che essa è sottoposta all'applicazione della disciplina sul divieto di *pantouflage*.

#### **Premessa**

L'art. 1, co. 7, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stabilisce che il Ministro degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (MAECI) adotta, previo accordo con l'ANAC, «*direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, tenuto conto dei principi fondamentali del presente codice e delle procedure applicate dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte (...)*».

La disciplina di riferimento applicabile all'attività negoziale dell'Agenzia (*omissis*) si rinviene, dunque, nel "Regolamento recante le direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, ai sensi dell'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" adottato dal MAECI con Decreto 2 novembre 2017, n. 192. Tale Regolamento, quindi, è attualmente la *fonte speciale* di riferimento per gli appalti stipulati dalle sedi estere dell'Agenzia (*omissis*), pur essendo in fase di predisposizione un nuovo Regolamento alla luce del quadro normativo determinatosi a seguito dall'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

Nel vigente Regolamento viene precisato che le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione dei contratti tengono conto dei principi fondamentali del codice, in particolare garantendo il rispetto dei principi di cui all'articolo 30, commi 1, 2 e 7, del d.lgs.50/2016 (art. 2, comma 2), viene comunque consentito al capo della rappresentanza diplomatica della sede estera di individuare le disposizioni dello stesso regolamento incompatibili con l'ordinamento e le situazioni locali.

Come è noto, l'istituto del *pantouflage* – in Italia disciplinato con il comma 16-ter dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 - trova le sue radici nel diritto internazionale. In particolare nella Convenzione di Merida (2003) che promuove la collaborazione tra gli Stati firmatari per il contrasto alla corruzione, richiedendo alle Parti di adottare appropriate misure per prevenire e perseguire gli eventi corruttivi promuovendo l'integrità e l'appropriata gestione dei beni pubblici.

Per quel che qui interessa, l'art. 12 della Convenzione richiede agli Stati firmatari interventi normativi per regolare il fenomeno del passaggio di alti funzionari dal settore pubblico a quello privato (co. 2 lett. e).

Inoltre, l'articolo 9 della Convenzione prevede che ogni Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, adotti misure per prevenire la corruzione nel sistema degli appalti pubblici. Tra tali misure rientrano quelle atte a prevenire i conflitti di interesse (co. 1, lett. e).

È possibile, pertanto, che detto istituto sia disciplinato anche nella maggior parte dei Paesi esteri nei quali ha sede l'Agenzia (*omissis*).

Con riferimento alle posizioni espresse dall'Autorità, l'ANAC ha già chiarito che le pubbliche amministrazioni sono tenute a inserire nei bandi di gara o negli atti prodromici all'affidamento di appalti pubblici, tra i requisiti generali di partecipazione, previsti a pena di esclusione e oggetto di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, la condizione che il soggetto privato partecipante alla gara non abbia stipulato contratti di lavoro o comunque attribuito incarichi a ex dipendenti pubblici, in violazione dell'art. 53, co. 16-ter, del d.lgs. n. 165/2001 (cfr. PNA 2019 § 1.8).

Tale concetto è stato ribadito nei bandi-tipo emanati in attuazione del d.lgs. n. 50/2016 e anche nell'ultimo bando-tipo n. 1/2023 in attuazione del d.lgs. 36/2023 in cui l'Autorità ha inserito tra le altre cause di esclusione la seguente: *"Sono esclusi gli operatori economici che abbiano affidato incarichi in violazione dell'art. 53, comma 16-ter, del decreto legislativo del 2001 n. 165 a soggetti che hanno esercitato, in qualità di dipendenti, poteri autoritativi o negoziali presso l'amministrazione affidante negli ultimi tre anni"*.

Nel PNA 2022 è stato, inoltre, precisato che il rispetto dell'istituto deve essere garantito dalle amministrazioni pubbliche tenute a prevedere nei propri PTPCT o nella sezione anticorruzione e trasparenza del PIAO anche un'adeguata attività di verifica sul rispetto della norma sul *pantouflage*, fermi restando i riconosciuti poteri di ANAC di accertamento e sanzionatori in materia. Sul punto, l'Autorità ha ritenuto che tali verifiche possano essere svolte dal RPCT con il necessario supporto degli uffici competenti all'interno dell'amministrazione (cfr. PNA 2022 § 3.1 e § 3.2).

È utile, altresì, ricordare che l'Autorità si è espressa sulle problematiche derivanti dall'applicazione delle sanzioni previste per la violazione del divieto di *pantouflage*, facendo riferimento esclusivamente all'ordinamento italiano (cfr. Atto di segnalazione n. 6 del 27 maggio 2020, approvato con delibera n. 448 del 27 maggio 2020 e PNA 2019 § 1.8).

Infine, l'Autorità nel medesimo PNA 2022 (pag. 67), tenuto conto dell'ambito soggettivo di applicazione come indicato dall'art. 21 del d.lgs. 39/2013, ha ritenuto applicabile il divieto di *pantouflage* *"anche alle società con sede all'estero, purché le stesse siano state destinatarie di poteri autoritativi e negoziali efficaci secondo le regole di diritto vigenti nel nostro ordinamento"*.

***Considerazioni sul rispetto della disciplina italiana sul pantouflage da parte dell'Agenzia (omissis) e degli operatori economici extra UE che stipulano contratti con le sedi estere dell'Agenzia***

Alla luce di quanto sopra rappresentato, è possibile formulare alcune considerazioni.

Dal riscontro fornito dal RPCT dell’Agenzia e dalla documentazione trasmessa, nonché dall’esame della normativa richiamata, è emerso che i contratti stipulati dalle sedi estere dell’Agenzia (*omissis*) ricadono nella disciplina prevista dall’art. 1, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dalle disposizioni del DM n. 192/2017, di cui sopra si è detto.

Dunque, se pure con alcune specialità, tali contratti sono disciplinati dal diritto italiano e sono, quindi, sottoposti al regime tipico dell’evidenza pubblica.

Orbene, è evidente che, la disciplina nazionale sul *pantouflage* presenta un carattere accessorio rispetto al regime di evidenza pubblica e che, oltretutto, tale nesso di accessorialità si collega non già ad una norma specifica della disciplina del Codice dei contratti pubblici, bensì proprio al corpo essenziale dei principi che governano l’evidenza pubblica.

Tenuto conto che nel caso delle sedi estere dell’Agenzia (*omissis*) - in base alle norme dettate nel Regolamento DM n. 192/2017 - sono proprio i principi del Codice che, prima di ogni altra disposizione, trovano applicazione ai contratti stipulati all’estero, la risposta non può che essere positiva.

D’altra parte, come sopra accennato, l’Autorità ha già fornito risposta affermativa in merito alla generale applicabilità dell’istituto del *pantouflage* alle società con sedi all’estero (cfr. PNA 2022, pag. 67).

Anche i provvedimenti interni emanati dall’Agenzia (*omissis*) confermano in generale che, nella fase di scelta del contraente, la normativa applicabile è quella italiana e che le disposizioni di cui al d.lgs. n. 165/2001 relative al divieto di *pantouflage* si applicano anche agli uffici della rete estera, compatibilmente con le norme locali.

Per contro, il contratto e la fase di esecuzione, come chiarito nell’Ordine di servizio n. 25/2018, restano soggetti alla legge del paese in cui vengono eseguite le prestazioni. Tuttavia, alla luce di tutto quanto sopra rappresentato, in tale sede potrà essere esplorata la possibilità di rinvii alla normativa o ai principi locali che dovessero eventualmente essere stati adottati dal Paese estero ove aderente alla convenzione di Merida ed in attuazione della stessa.

## **2. Seconda questione - La disciplina sul whistleblowing**

### **Premessa**

Come è noto, a livello internazionale il c.d. *whistleblowing* è uno degli strumenti fondamentali di contrasto alle condotte di corruzione. In materia si è espressa la Convenzione civile sulla corruzione stipulata nel quadro del Consiglio d’Europa (2003) e la Convenzione delle Nazioni Unite di Merida (2003).

Quest’ultima all’art.33 "*Protection of reporting persons*", prevede la facoltà per gli Stati Parte di approntare misure interne di tutela delle persone che comunicano in buona fede i casi sospetti di corruzione (sia all’interno della pubblica amministrazione che nel settore privato), auspicando l’introduzione di tali misure nei rispettivi ordinamenti giuridici con appositi interventi normativi

Nel solco di questa evoluzione si colloca la Direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio in tema di protezione delle persone che segnalano violazioni del Diritto dell’Unione e violazioni delle disposizioni normative nazionali.

Nell’ordinamento italiano la disciplina del whistleblowing è stata introdotta con la legge n. 190 del 2012) che ha inserito l’art. 54-bis nel corpo del d.lgs.165/2001 dedicato alla «tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti». Successivamente, è stata adottata la legge 30 novembre 2017, n. 179, e, da ultimo, il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24 con cui l’Italia ha recepito la Direttiva (UE) 2019/1937 citata.

Nella richiesta di parere in oggetto è stato precisato che l’Agenzia (*omissis*) facendo riferimento alla legge n. 179/2017, con Comunicazione di servizio n. 83/2020, ha chiesto, a tutte le proprie sedi sia in Italia che all’estero, di inserire nei bandi di gara e nelle lettere di invito, una clausola che prevede che *le imprese fornitrici di beni o servizi che operino in favore dell’Agenzia (omissis) possono segnalare eventuali*

*"condotte illecite" di cui siano venute a conoscenza nell'ambito del rapporto contrattuale. Con specifico riguardo alla Rete estera, l'Agenzia (omissis) ha predisposto una versione dell'applicativo informatico per le segnalazioni, in lingua inglese.*

Tuttavia, le controparti, imprese fornitrici di beni e servizi alle Unità operative estere dell'Agenzia (di cui all'art. 2 della l. n. 179/2017), ritengono di non essere tenute ad accettare clausole contrattuali che richiedano il rispetto della disciplina italiana sul *whistleblowing* e non procedono alla loro sottoscrizione.

Occorre preliminarmente evidenziare - che la disciplina sul *whistleblowing* è adesso contenuta nel d.lgs. 24/2023 con cui l'Italia ha recepito la Direttiva (UE) 2019/1937. Nel nuovo decreto, l'ambito soggettivo, identificato all'art. 3, è stato notevolmente ampliato, individuando quali soggetti interessati dalla tutela per la segnalazione degli illeciti, suscettibili di eventuali atti ritorsivi, tutti i lavoratori dei settori pubblico e privato in qualità di dipendenti o collaboratori, lavoratori subordinati e autonomi, liberi professionisti ed altre categorie.

Il richiamato art. 3 alla lettera e) fa riferimento all'applicazione della disciplina anche *"ai lavoratori o i collaboratori, che svolgono la propria attività lavorativa presso soggetti del settore pubblico o del settore privato che forniscono beni o servizi o che realizzano opere in favore di terzi"*.

***Considerazioni sul rispetto della disciplina italiana sul whistleblowing da parte dell'Agenzia (omissis) e degli operatori economici extra UE che stipulano contratti con le sedi estere dell'Agenzia***

La considerazione di fondo sulla quale non possono sorgere dubbi interpretativi è quella per cui l'Agenzia (omissis), inclusa la rete estera, deve considerarsi sottoposta alla disciplina sul *whistleblowing*.

La disciplina si applicherà, dunque, a tutti i lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, liberi professionisti, collaboratori, volontari/tirocinanti, consulenti e persone con funzioni di amministrazione, direzione, controllo, vigilanza o rappresentanza, anche laddove tali funzioni siano esercitate in via di mero fatto, dell'Agenzia (omissis), inclusi quelli che prestano servizio in sedi dell'Agenzia (omissis) poste in paesi extra UE, purché i relativi rapporti giuridici con l'Agenzia siano sottoposti alla disciplina contrattuale e alla giurisdizione italiana. Tali soggetti, ove vengano a conoscenza di illeciti relativi alla sede estera per cui prestano servizio, possono segnalare le violazioni della normativa italiana e/o europea, come declinate all'art. 2 del d.lgs. 24/2023, mediante il canale messo a disposizione e ottenere la protezione da eventuali ritorsioni causate dalla segnalazione nei termini indicati da ANAC nelle *"Linee Guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne"*, approvate con la Delibera n. 311 del 12 luglio 2023.

Muovendo dalle considerazioni innanzi esposte preme evidenziare che per i dipendenti di imprese private straniere che operano in Paesi Extra UE, i cui rapporti giuridici non sono, evidentemente, regolati dalla normativa italiana, la disciplina dell'istituto non può avere a fondamento la normativa italiana. Ciò in quanto in forza dei principi generali del diritto internazionale e del principio di sovranità territoriale, tali imprese e i dipendenti delle stesse restano sottoposti al proprio ordinamento di riferimento.

In conclusione, si ritiene che l'applicazione del regime che caratterizza la disciplina sul *whistleblowing* potrà essere integrale nei confronti delle sedi estere dell'Agenzia (omissis) e dei dipendenti di tali sedi, i cui rapporti giuridici sono regolati dalla normativa italiana. La medesima disciplina, invece, non potrà trovare applicazione, per le ragioni sopra esposte, nei confronti degli operatori economici stranieri che operano in Paesi extra UE e che instaurano rapporti contrattuali con l'Agenzia non regolati dalla normativa italiana.

Tuttavia, alla luce di tutto quanto sopra rappresentato, nei confronti di detti soggetti potrà essere esplorata la possibilità di rinvii alla normativa o ai principi locali che dovessero eventualmente essere stati adottati dal Paese estero ove aderente alle convenzioni internazionali ed in attuazione degli stessi.

Tanto premesso, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 13 settembre 2023, ha disposto la

trasmissione delle suesposte considerazioni.

Il Presidente

*Avv. Giuseppe Busia*

Atto firmato digitalmente