



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Linee Guida n.....**

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

**Relazione Illustrativa**

## Sommario

Premessa.....	3
Quadro normativo di riferimento e obiettivi dell'intervento dell'Autorità .....	3
Parte I – Definizioni e ambito di applicazione del conflitto di interesse nelle procedure di gara .....	5
1. Definizione del conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42 del codice dei contratti pubblici .....	5
1.1 Conflitto di interessi che si manifesta direttamente in capo alla stazione appaltante .....	5
1.2 Conflitto di interessi in ambito sanitario .....	7
2 Ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 42 .....	9
3 Ambito soggettivo di applicazione dell'articolo 42 .....	10
Parte II – Obblighi dichiarativi e di comunicazione.....	10
4 Dichiarazione sostitutiva ai sensi degli articoli 6, comma 1, del d.P.R. 62/2013 e 6-bis della legge 241/90. ....	10
5 Dichiarazione sostitutiva riferita alla singola procedura di gara .....	12
Parte III – Obbligo di astensione ed esclusione dalla gara del concorrente .....	12
6 Obbligo di astensione .....	12
7 Esclusione dalla gara del concorrente, annullamento dell'aggiudicazione e risoluzione del contratto 13	
11 Bandi di gara, protocolli di legalità e patti di integrità.....	13

## Premessa

### Quadro normativo di riferimento e obiettivi dell'intervento dell'Autorità

L'articolo 42 del d.lgs. 50/2016 introduce una disciplina particolare per le ipotesi di conflitto di interesse nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Si tratta di una novità assoluta, la cui *ratio* va ricercata nella volontà di disciplinare il conflitto di interesse in un ambito particolarmente esposto al rischio di interferenze, a tutela del principio di concorrenza e del prestigio della Pubblica Amministrazione. La norma si inserisce nell'ambito della disciplina generale del conflitto di interesse, delineata dalle seguenti disposizioni:

- articolo 6 bis l. 241/1990
- legge 190/2012 e d.lgs 39/2013;
- artt. 3, 6, 7, 13, 14 e 16 del d.P.R. 62/2013
- articolo 53, comma 14, d.lgs. 165/01
- articolo 78 d.lgs. 267/2000

disciplinando in maniera specifica il caso particolare in cui il conflitto di interesse insorga nell'ambito di una procedura di gara.

Al primo comma, l'articolo 42 richiede alle stazioni appaltanti la previsione di misure adeguate per contrastare frodi e corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. La funzione della norma è quella di evitare che l'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare, nella scelta del contraente, da considerazioni estranee all'appalto, accordando la preferenza a un concorrente unicamente in ragione di particolari interessi soggettivi.

Al secondo comma, la disposizione offre una definizione di conflitto di interesse con specifico riferimento allo svolgimento delle procedura di gara, chiarendo che la fattispecie si realizza quando il personale di una stazione appaltante o un prestatore di servizi che intervenga nella procedura con possibilità di influenzarne in qualsiasi modo il risultato, abbia direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può minare la sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione del contratto. A titolo esemplificativo e quale contenuto minimo della nozione di conflitto di interesse, la norma indica le situazioni che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62. Si tratta delle decisioni o attività idonee a coinvolgere interessi propri del dipendente pubblico o del prestatore di servizi, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente e di ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza.

Il rimedio individuato dall'articolo in esame nel caso in cui si verifichi il rischio di un possibile conflitto di interessi consiste nell'obbligo di comunicazione alla stazione appaltante e nell'obbligo di astensione dal partecipare alla procedura, pena la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale.

La disposizione in esame va coordinata con l'articolo 80, comma 5, lett. d) del codice dei contratti pubblici secondo cui l'operatore economico è escluso dalla gara quando la sua partecipazione determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, del codice dei contratti pubblici che non sia diversamente risolvibile.

Le Linee guida recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici» si pongono i seguenti obiettivi:

- a. agevolare le stazioni appaltanti nell'attività di individuazione, prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse nelle procedure di gara favorendo la standardizzazione dei comportamenti e la diffusione delle buone pratiche;
- b. favorire la regolarità delle procedure di gara;
- c. garantire imparzialità, trasparenza, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa;
- d. garantire i soggetti coinvolti nelle procedure dal rischio dell'assunzione di responsabilità;
- e. prevedere misure che evitino l'introduzione di oneri eccessivi per le s.a. e i soggetti chiamati a operare nelle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Il provvedimento è adottato ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici e ha natura non vincolante per i destinatari. Le indicazioni fornite hanno lo scopo di favorire la diffusione delle migliori pratiche e la standardizzazione dei comportamenti da parte delle stazioni appaltanti, nell'ottica di addivenire alla corretta interpretazione e applicazione delle disposizioni di legge.

In considerazione del fatto che le Linee guida in argomento hanno un impatto limitato ai funzionari pubblici, non incidendo direttamente su cittadini e imprese, e atteso che gli obblighi conformativi saranno ridotti in ragione della previsione di meccanismi di semplificazione e standardizzazione delle dichiarazioni sostitutive mediante utilizzazione di modelli prestampati, si ritiene la sussistenza dei presupposti previsti dal «Regolamento per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR)» pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 155 del 6 luglio 2018, per l'esclusione dell'analisi di impatto della regolazione. Ciò posto, ai sensi dell'art. 8 del succitato Regolamento, anche in ottemperanza al principio di proporzionalità e di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa, l'Autorità ha predisposto la presente Relazione Illustrativa in cui si darà conto delle scelte adottate, anche in rapporto alle osservazioni pervenute dai soggetti interessati.

Il testo delle linee guida è stato elaborato tenendo conto delle istruzioni operative fornite dalla Commissione Europea – Ufficio Europeo per la lotta antifrode (OLAF) nella linea pratica per i dirigenti recante «Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali» adottate nel 2013.

Il documento è stato posto in consultazione pubblica con modalità aperta. Sono intervenuti alla consultazione 13 soggetti (3 amministrazioni pubbliche e società pubbliche, 4 associazioni di categoria, 2 dipendenti pubblici, 2 imprese private, 2 soggetti che hanno chiesto di mantenere l'anonimato). Nei paragrafi che seguono sono illustrate le problematiche emerse nel corso della consultazione e le motivazioni delle scelte adottate.

## Parte I – Definizioni e ambito di applicazione del conflitto di interesse nelle procedure di gara

### 1. Definizione del conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42 del codice dei contratti pubblici

#### 1.1 Conflitto di interessi che si manifesta direttamente in capo alla stazione appaltante

La problematica più rilevante emersa nell'ambito della predisposizione delle Linee guida recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici» attiene alla possibilità o meno che il conflitto di interessi si manifesti anche direttamente in capo alla stazione appaltante. Come esempio di tale possibilità, il documento posto in consultazione prevedeva l'ipotesi in cui tra la stessa stazione appaltante e un concorrente esista un rapporto di controllo o collegamento ex art. 2359 c.c. Sulla questione si registrano recenti decisioni contrastanti della giurisprudenza: il TAR Campania – Salerno, con sentenza n. 524/2018 ha affermato che il conflitto di interessi si registra quando la stazione appaltante ha collegamenti societari con uno dei concorrenti alla gara pubblica. Si tratta di elementi rilevabili nella partecipazione (diretta o indiretta) alla società che partecipa alla procedura pubblica, così come nella capacità dell'ente locale appaltante di influenzare le decisioni strategiche della società con direttive impartite agli amministratori. In senso contrario si è espresso, invece, il Consiglio di Stato con sentenza 3401/2018, ritenendo che la fattispecie di cui all'art. 42, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016, riferendosi il conflitto di interesse al solo “personale” della stazione appaltante, non consente obiettivamente di ricomprendere anche le società partecipate o controllate dalla stazione appaltante. Più in generale, come chiarito dal precedente di Cons. Stato, VI, 11 luglio 2008, n. 3499, “la compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente non determina alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325; Cons. Giust. Amm., 24 dicembre 2002, n. 692)”, di talché, “in assenza di prove in ordine a specifiche violazioni delle regole di evidenza pubblica, deve escludersi che la mera partecipazione dell'ente pubblico ad una società concorrente rappresenti un elemento tale da pregiudicare la regolarità della gara”.

Gli *Stakeholder* intervenuti sono di avvisi diversi. Alcuni concordano con la ricostruzione offerta dal Consiglio di Stato, segnalando che, sebbene la giurisprudenza abbia fornito una interpretazione estensiva della nozione di “personale”, la stessa non si è mai spinta - tranne nel caso citato del TAR Campania – 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, che prevede la sussistenza del conflitto di interesse nel caso in cui «i membri dello staff» della stazione appaltante abbiano interessi comuni con l'operatore economico. A sostegno della tesi prospettata, i soggetti intervenuti richiamano gli orientamenti della Corte di Giustizia e della giurisprudenza maggioritaria secondo cui 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). Gli Stakeholder evidenziano, inoltre, che 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, oltre che nei casi di controllo, anche in caso di mera partecipazione dell'ente alla compagine societaria del concorrente e di controllo di fatto. Ciò

comporterebbe la preclusione della possibilità di partecipare a gare pubbliche indette dall'ente controllante da parte delle società controllate, salvi accorgimenti gravosi e impattanti, in palese contrasto con il diritto europeo e con il testo unico sulle società a partecipazione pubblica (che ha individuato negli strumenti societari una alternativa ai contratti di appalto e concessione che permettessero alle stazioni appaltanti una maggiore compartecipazione nella gestione). Inoltre, tale ricostruzione indurrebbe 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. 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 territoriali di riferimento (art. 15, comma 10). Sulla base di tali considerazioni, i soggetti intervenuti alla consultazione ritengono che una presunzione derivante dalla sola costituzione del capitale sociale non possa introdurre – con atto amministrativo e non con legge di pari grado rispetto alle precedenti – limiti alla capacità di operare della persona giuridica operatore economico.

Altri *Stakeholder* hanno invece sostenuto la tesi opposta, ritendendo che le ipotesi di collegamento societario tra stazione appaltante e offerente rischiano di ledere i principi generali di tutela della concorrenza, di cui all'articolo 30 del codice, e dovrebbero pertanto essere sottoposte ad una particolare verifica volta ad accertare, volta per volta, l'assenza di qualunque profilo di criticità e, in particolare, se esistano e siano state adottate misure preventive adeguate (ulteriori rispetto a quelle ordinarie), senza di che dovrebbe concludersi per la necessità di escludere dalla selezione il concorrente controllato o collegato alla Stazione appaltante. 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. Alcuni di essi ritengono, anzi, necessario un esplicito riferimento anche alle situazioni di controllo indiretto (es. stazione appaltante e concorrente entrambi controllati dal medesimo ente). Gli *Stakeholder* intervenuti suggeriscono, infine, le possibili misure da applicare in tali casi, individuandole nell'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;
- 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;
- 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;
- disposizioni rivolte alla commissione incaricata della valutazione delle offerte dei concorrenti relative all'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.

- un rigore argomentativo e probatorio da parte della 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.

Con riferimento alla questione rappresentata, l'Autorità ritiene condivisibili le osservazioni pervenute in merito all'impossibilità di travalicare il dato normativo superando il principio della personalità del conflitto di interesse. Ritiene quindi opportuno specificare che l'ipotesi di controllo o collegamento tra la stazione appaltante e il concorrente può dar luogo ad un conflitto di interessi quando ciò comporti l'insorgere di un interesse personale in capo al personale della stazione appaltante. A tal fine, è stato inserito il punto 2.4. La situazione prospettata, quindi, non comporta una causa di esclusione automatica del concorrente, ma soltanto l'obbligo di valutare la sussistenza di un conflitto di interesse e, in caso di valutazione positiva, il dovere di intervenire con l'adozione di misure adeguate.

## 1.2 Conflitto di interessi in ambito sanitario

Uno *Stakeholder* ha chiesto di precisare 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 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 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.

Ciò è ritenuto tanto più urgente con l'istituzione dell'albo dei commissari di gara.

Sul punto, si è ritenuto di non fornire indicazioni di dettaglio, atteso che il documento si occupa della fattispecie in generale e considerato che prescrizioni più analitiche, con riferimento alla specifica casistica, sono state fornite nel PNA 2016, adottato con Delibera ANAC n. 831 del 3 agosto 2016, in considerazione delle caratteristiche strutturali di potenziale intrinseca "prossimità" di interessi presenti nell'organizzazione sanitaria. *In primis*, è stato specificato che «Nel caso in cui la formazione dei professionisti sia sponsorizzata con fondi provenienti da imprese private, le aziende sanitarie predispongono procedure che prevedano che le richieste di sponsorizzazione siano indirizzate direttamente alla struttura indicata dall'azienda (es. direzione sanitaria) e non ai singoli professionisti o a

loro associazioni private e che tali richieste non siano mai nominative, dovendo essere l'azienda a indicare e autorizzare i dipendenti idonei a beneficiarne (in relazione al ruolo organizzativo, al bisogno formativo, ecc.)). Inoltre, con specifico riferimento al settore degli acquisti, è stato chiarito che la prossimità di cui sopra è generata dal fatto che i soggetti proponenti l'acquisto sono spesso anche coloro che utilizzano i materiali acquistati. È stata quindi fornita l'indicazione, per le aziende sanitarie, di predisporre misure per una corretta gestione dei conflitti potenziali e/o effettivi attraverso l'enucleazione delle fattispecie tipiche di conflitto di interessi e la divulgazione di informazioni finalizzate a consentire ai tecnici e ai professionisti sanitari più esposti al rischio di conflitto di interessi di agire con la consapevolezza richiesta, anche attraverso la compilazione delle apposite dichiarazioni; evidenziando inoltre l'opportunità di definire un modello di gestione dei conflitti di interessi e l'informazione dei professionisti coinvolti.

In particolare, sono state proposte diverse misure possibili tra cui quella di un'informazione puntuale e tempestiva degli operatori coinvolti, ad esempio mediante l'adozione e diffusione di documenti esplicativi che facilitino l'autovalutazione delle situazioni personali e relazionali con riferimento al contesto in cui ciascun soggetto si trova ad operare (in una Commissione giudicatrice, in un Collegio tecnico per la stesura degli atti di gara, ecc.).

Sono state altresì suggerite alcune misure per contrastare il rischio di potenziale conflitto di interesse da adottare, sia nella fase di progettazione che in quella di selezione del contraente. Inoltre, sono state fornite indicazioni puntuali anche con riferimento al rilascio di autorizzazioni allo svolgimento di attività extra impiego da parte delle aziende sanitarie, specificando che le stesse definiscano un procedimento che tenga conto delle possibili interferenze che derivano dal contatto del dipendente con operatori economici che partecipano a procedure di gara bandite dall'azienda, soprattutto nel caso in cui non siano possibili agevoli sostituzioni del dipendente per lo stato di avanzamento della procedura di gara o per l'infungibilità delle professionalità.

Alla luce di quanto sopra si ritiene di confermare le indicazioni fornite nel PNA, non accogliendo la richiesta pervenuta.

In riferimento al conflitto di interessi in ambito sanitario, si evidenzia quanto già chiarito con le Linee Guida per l'adozione dei Codici di comportamento negli enti del SSN, approvate 20 settembre 2016, da A.N.AC., Ministero della Salute e AGENAS con cui è stato chiarito che:

“Il tema del conflitto di interessi va inteso in un'accezione ampia, come ogni situazione nella quale un interesse del soggetto tenuto al rispetto del Codice interferisce o potrebbe interferire con lo svolgimento imparziale dei suoi doveri pubblici. Il conflitto, in particolare, può essere:

- a. attuale, ovvero presente al momento dell'azione o decisione del soggetto tenuto al rispetto del Codice;
- b. potenziale, ovvero che potrà diventare attuale in un momento successivo;
- c. apparente, ovvero che può essere percepito dall'esterno come tale;
- d. diretto, ovvero che comporta il soddisfacimento di un interesse del soggetto tenuto al rispetto del Codice; e. indiretto, ovvero che attiene a entità o individui diversi dal soggetto tenuto al rispetto del Codice ma allo stesso collegati”.

Da ciò discende che, allorquando un dirigente medico venga nominato commissario di gara, avendo precedentemente svolto incarichi di consulenza a favore di un operatore economico che concorre alla procedura, oppure abbia partecipato a convegni, seminari e/o corsi di formazione a spese dell'impresa concorrente, si ritengono sempre necessarie le verifiche in merito alla possibile sussistenza dell'ipotesi di



conflitto di interesse, potendo essere riscontrata nel caso di specie la sussistenza di un'interferenza e/o commistione di interessi personali e/o professionali in contrasto, anche solo a livello potenziale. Questa conclusione si rinviene, inoltre, nell'orientamento dell'Autorità n. 82/2014 secondo cui: "(...) l'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 1, co. 42 della l. n. 190/2012 (...) prevede che, ai fini dell'autorizzazione di un dirigente medico invitato da una ditta – che sostiene, altresì, le spese di soggiorno, erogando, talvolta, un compenso – a relazionare, nel corso di convegni, sull'utilizzo di farmaci o dispositivi medici che vengono utilizzati nell'ambito della struttura di appartenenza, l'amministrazione di appartenenza verifichi l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi". Ciò posto, si ritiene superfluo intervenire nuovamente sulla questione in occasione dell'adozione delle Linee guida in argomento che hanno un contenuto generale.

## **2 Ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 42**

Alcuni Stakeholder hanno segnalato l'opportunità di specificare che l'articolo 42 si applica agli affidamenti sopra soglia dei settori speciali in quanto compatibile, mentre per gli affidamenti sotto soglia è rimessa alle stazioni appaltanti ogni valutazione circa le condizioni di applicazione del citato art. 42, essendo prevista la possibilità di ricorrere a regolamenti interni che disciplinano le modalità di svolgimento delle procedure di gara.

Altri soggetti intervenuti hanno chiesto di specificare che il presupposto per l'applicazione dell'articolo 42 ai settori speciali ed esclusi è che la stazione appaltante sia un soggetto pubblico, mentre altri ritengono contraddittorio applicare l'art. 42 del Codice dei contratti pubblici alle imprese pubbliche, cui le norme del codice si applicano in quanto compatibili e che 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. Sul punto, detti soggetti evidenziano 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. Quanto precede varrebbe a maggior ragione per le società quotate (e relative controllate), esentate dall'applicazione delle disposizioni pubblicistiche dirette alle altre società pubbliche.

Sulla prima questione segnalata, l'ANAC ritiene di accogliere la richiesta di specificare che l'articolo 42 si applica agli affidamenti nei settori speciali in quanto compatibile. Con riferimento all'applicazione nell'ambito dei contratti sotto soglia nei settori speciali, si evidenzia che l'articolo 114 stabilisce che ai contratti del capo I (Appalti nei settori speciali) si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli da 1 a 58, tra cui rientra anche l'articolo 36 che prevede espressamente l'applicazione dell'articolo 42 ai contratti sotto soglia. In forza di detti rinvii, quindi, deve ritenersi che l'articolo 42 si applichi, in quanto compatibile, integralmente anche ai contratti sotto soglia nei settori speciali.

Con riferimento alla seconda questione segnalata, si evidenzia che l'articolo 42 si applica ai soggetti tenuti all'applicazione del codice, individuati dall'articolo 3, e, pertanto, anche alle società pubbliche e ai soggetti privati che operino in qualità di stazioni appaltanti. In tali ipotesi, la norma troverà applicazione nel rispetto delle particolari disposizioni e degli istituti specifici vigenti con riferimento alle singole fattispecie. Della necessità di distinguere i diversi regimi giuridici applicabili ai soggetti pubblici e privati, come pure ai dipendenti pubblici e privati, si è tenuto conto nel testo delle Linee guida.

### **3 Ambito soggettivo di applicazione dell'articolo 42**

Alcuni Stakeholder hanno evidenziato che la previsione secondo cui sono inseriti nell'ambito di applicazione dell'articolo 42 "tutti coloro che intervengono a qualsiasi titolo nel ciclo di vita dell'appalto" comporta rilevanti appesantimenti procedurali e, pertanto, propongono di limitare l'applicazione soltanto a 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, escludendo coloro che svolgono ruoli meramente operativi. Andrebbero quindi esclusi 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 e i componenti degli organi di vigilanza esterna, che non intervengono in alcun modo nella procedura di affidamento. Altri richiedono di prevedere che le due circostanze richieste dalla norma (intervenire a qualsiasi titolo nel ciclo di vita dell'appalto e avere la possibilità di influenzare l'esito della procedura) si verifichino congiuntamente e non alternativamente.

Sulla questione si evidenzia che la lettera della norma richiede l'alternatività delle due situazioni e, pertanto, le linee guida non possono adottare interpretazioni contrastanti con il significato letterale della disposizione. Inoltre, nel merito, si evidenzia che anche interventi apparentemente poco rilevanti nell'ambito della procedura di gara possono risentire negativamente della sussistenza di un conflitto di interesse laddove, ad esempio, l'interesse personale induca l'agente ad omettere attività di verifica o di controllo. Si pensi al soggetto deputato ai pagamenti che potrebbe autorizzare la corresponsione di somme omettendo le verifiche necessarie oppure sottacendo eventuali criticità. Per tali motivi, si ritiene di confermare l'interpretazione fornita nel documento di consultazione.

Uno dei soggetti intervenuti rappresenta i rischi connessi alla richiesta di pretendere che le dichiarazioni sostitutive siano rese ai sensi della legge 445/2000, il che esporrebbe il dichiarante a responsabilità penale per falsi anche in caso di dichiarazione non veritiera resa in assenza di dolo. Sulla questione l'Autorità non ritiene di modificare l'impostazione adottata nel documento di consultazione, attesa la necessità di acquisire le dichiarazioni sostitutive con modalità che rispettino le formalità richieste dalle disposizioni di legge vigenti che richiedono un'assunzione di responsabilità da parte del dichiarante, ciò anche a tutela degli stessi.

In merito alla richiesta di prevedere l'obbligo, in capo alle stazioni appaltanti, di pubblicare, per ogni fase della procedura, tutti i soggetti che siano stati coinvolti, si ritiene che la previsione comporterebbe un aggravamento degli obblighi di pubblicazione che risulterebbe sproporzionato rispetto ai benefici direttamente connessi.

## **Parte II – Obblighi dichiarativi e di comunicazione**

### **4 Dichiarazione sostitutiva ai sensi degli articoli 6, comma 1, del d.P.R. 62/2013 e 6-bis della legge 241/90.**

Alcuni *Stakeholder* hanno evidenziato che l'indicazione di richiedere al personale di rendere la dichiarazione sostitutiva sul conflitto di interesse all'atto dell'assegnazione all'ufficio e un'ulteriore dichiarazione con riferimento ad ogni singola gara sarebbe superflua. In particolare ritengono che possa essere sufficiente richiedere la dichiarazione all'atto dell'assegnazione all'ufficio, con l'obbligo di aggiornamento della stessa per fatti sopravvenuti. Ai soggetti che, invece, solo occasionalmente si

occupano di gare (es. collaudatori o commissari), andrebbe richiesta la dichiarazione con riferimento alla singola procedura. Ciò al fine di evitare inutili appesantimenti.

L'ANAC ritiene che sia fondamentale mantenere separate le due dichiarazioni, in quanto la prima è richiesta dal d.p.r. 62/2013 e dalla legge 241/90 e, quindi, risulta ineliminabile, mentre la seconda è riferita alla singola procedura di gara ed è volta a richiamare l'attenzione del personale della stazione appaltante che interviene nella procedura sugli obblighi posti a suo carico, di comunicazione e di comportamento. Anche le linee guida OLAF pongono l'attenzione sulla necessità di richiedere una dichiarazione sul conflitto di interesse con riferimento a ciascuna procedura di gara e, addirittura, con riferimento a ciascuna fase della procedura. Per tali ragioni, si ritiene di mantenere l'opzione adottata nel documento di consultazione, anche considerando che i connessi adempimenti non richiedono attività particolarmente gravose per il personale.

Con riferimento al punto 5.2, alcuni *Stakeholder* hanno chiesto di eliminare la specificazione che i conflitti di interesse “possono insorgere già nella fase dell'individuazione dei bisogni dell'amministrazione e ancor prima che siano noti i concorrenti”. Ritengono, infatti, che l'anticipazione degli obblighi dichiarativi si riveli molto invasiva ed eccessivamente sproporzionata rispetto alle esigenze di tutela della Stazione Appaltante e che la dichiarazione in relazione alla sussistenza di un possibile conflitto di interesse sulla programmazione dovrebbe essere richiesta soltanto nel momento in cui il dipendente 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, ritengono che detta previsione assuma 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.

Sul punto, l'ANAC ritiene la necessità di mantenere separate le dichiarazioni rese ai sensi del d.p.r. 62/2013 da quelle richieste con riferimento alla specifica gara, considerando l'utilità di entrambe come misure di prevenzione delle interferenze nell'ambito delle procedure di affidamento pubbliche. Sullo specifico punto si evidenzia, infatti, che la norma pone l'obbligo di considerare come rilevanti i conflitti di interesse potenziali e non soltanto quelli reali, con la conseguenza che l'attenzione dovrà necessariamente essere anticipata al momento in cui si prospetta la possibilità dell'interferenza. Il concetto può essere meglio chiarito facendo riferimento all'ipotesi riportata nel documento di consultazione relativa al 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, il quale, al momento dell'assegnazione all'ufficio, sarà tenuto a dichiarare la sussistenza di un conflitto di interesse potenziale che deriva dal rapporto di parentela. Detto conflitto di interesse diventerà attuale nel momento in cui il dipendente dovesse essere incaricato di svolgere una qualsiasi attività nell'ambito di un procedimento di aggiudicazione avente ad oggetto prestazioni rientranti nel settore di attività dell'impresa del figlio. In tal caso, fin dalle fasi iniziali della procedura, ancor prima che siano noti i nominativi dei concorrenti, si configurerebbe l'obbligo di astensione, atteso che il rapporto di parentela potrebbe essere percepito come una minaccia all'imparzialità del funzionario.

È stata accolta l'osservazione in ordine alla precisazione che la dichiarazione sostitutiva deve essere resa dagli interessati per quanto a loro conoscenza.

## 5 Dichiarazione sostitutiva riferita alla singola procedura di gara

Alcuni *Stakeholder* ravvisano un appesantimento inutile nell'obbligo di procedere alla protocollazione delle dichiarazioni sostitutive e, pertanto, ne chiedono l'eliminazione considerando sufficiente la semplice datazione e sottoscrizione del soggetto interessato.

Sul punto l'ANAC non ritiene di condividere la soluzione proposta, considerando la necessità che la dichiarazione abbia data certa e la non eccessiva onerosità della previsione, che comporta un adempimento di agevole e tempestiva esecuzione. Sulla questione, si evidenzia che la richiesta di adempimenti formali minimi è prevista anche a garanzia del dipendente, agevolando lo stesso nella dimostrazione del tempestivo adempimento delle obbligazioni previste a suo carico.

Alcuni *Stakeholder* hanno chiesto di chiarire quale sia il rapporto tra la comunicazione di cui all'articolo 42 del codice dei contratti pubblici e la presunta violazione del Modello 231. Sul punto si chiarisce che le Linee guida hanno inteso fornire indicazioni che fossero valide con riferimento ai soggetti che operano alle dipendenze sia di enti pubblici che di organismi privati. A tal fine, per i dipendenti pubblici, sono stati richiamati gli obblighi previsti dal d.p.r. 62/2013, mentre per i dipendenti privati sono stati richiamati gli obblighi previsti dai codici etici aziendali e dal Modello 231. Ciò, semplicemente, per la necessità di tenere in considerazione la diversa fonte degli obblighi dichiarativi. È evidente, allora, che i dipendenti privati dovranno assolvere agli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 42 del codice dei contratti pubblici con le modalità individuate nei codici etici e nel modello 231 di riferimento. L'omesso adempimento di detti obblighi comporterà, quindi, violazione delle prescrizioni contenute nelle fonti citate.

## Parte III – Obbligo di astensione ed esclusione dalla gara del concorrente

### 6 Obbligo di astensione

È stata accolta la richiesta di chiarimenti in ordine alle conseguenze che scaturiscono dalla dichiarazione di astensione, specificando che 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. In caso positivo, il responsabile adotta le misure ritenute adeguate a superare la criticità rilevata, preventivamente individuate nel PTPC o in altro atto organizzativo interno che possono consistere:

- nell'adozione di cautele aggiuntive rispetto a quelle ordinarie in materia di controlli, comunicazione, pubblicità;
- nell'intervento di altri soggetti con funzione di supervisione e controllo;
- nell'adozione di obblighi più stringenti di motivazione delle scelte adottate, soprattutto con riferimento alle scelte connotate da un elevato grado di discrezionalità;
- nella nomina di un sostituto oppure, in carenza di idonee figure professionali, nell'avocazione al responsabile della relativa funzione.

È stato richiesto di specificare il parametro oggettivo da utilizzare per valutare la gravità della causa che ha portato il dipendente ad astenersi. Nelle linee guida è già indicato che la circostanza deve essere tale da mettere in pericolo l'adempimento dei doveri di integrità, indipendenza e imparzialità del dipendente. Non si ritiene possibile fornire indicazioni più dettagliate, dovendo necessariamente rimettersi ogni

valutazione in concreto alla stazione appaltante, in ragione della stretta correlazione esistente con elementi specifici e variabili quali l'organizzazione dell'amministrazione, la specifica procedura di gara di cui trattasi, gli adempimenti di cui il soggetto è incaricato, il tipo di interesse personale coinvolto.

## **7 Esclusione dalla gara del concorrente, annullamento dell'aggiudicazione e risoluzione del contratto**

Il paragrafo 9 è stato aggiornato in relazione alle modifiche apportate al paragrafo 2 con riferimento alle ipotesi di controllo o collegamento societario tra il concorrente e la stazione appaltante. Inoltre, è stato specificato che l'esclusione dalla gara del concorrente si prospetta come *extrema ratio* cui ricorrere nel caso in cui le altre misure di risoluzione del conflitto di interesse si dimostrino inattuabili o inefficaci.

Uno dei soggetti intervenuti alla consultazione ha evidenziato che la previsione del punto 9.1, che indica quale ipotesi di esclusione il caso del soggetto in conflitto di interesse che abbia omesso di rendere la dichiarazione partecipando alle fasi della procedura, appare irragionevole nonché eccessivamente penalizzante per il concorrente che si trova escluso a causa di un comportamento negligente di un terzo su cui non può incidere in alcun modo. Chiede, quindi, che tale previsione sia coordinata con quanto previsto al § 11.1. L'osservazione è stata accolta prevedendo che la fattispecie si verifica se analoga omissione è posta in essere dal concorrente che ha omesso di dichiarare, nelle sedi previste, la sussistenza del conflitto di interesse che lo riguarda.

Uno degli *Stakeholder* intervenuti ha chiesto l'eliminazione della tabella in quanto generica e perché anticipa la rilevanza del conflitto di interessi a fasi in cui lo stesso non può in concreto verificarsi e individua tra i soggetti deputati a rilasciare le dichiarazioni, soggetti che non intervengono in prima persona nello svolgimento dell'attività. Sul punto, l'ANAC non ritiene di intervenire in modifica delle indicazioni fornite nel documento di consultazione, considerando la tabella un valido strumento operativo, utile alle stazioni appaltanti nell'applicazione del precetto normativo. Sulla contestazione in ordine alla presunta anticipazione della rilevanza del conflitto di interesse si ribadisce quanto già espresso con riferimento all'esigenza di tenere in considerazione anche le ipotesi di conflitti di interesse soltanto potenziali.

## **11 Bandi di gara, protocolli di legalità e patti di integrità**

È stato osservato che la richiesta di dichiarazione sostitutiva sui conflitti di interesse è già prevista, con riferimento alla gara, dal DGUE, pertanto la previsione di inserirla nei bandi e nei protocolli/patti di integrità non aggiungerebbe nulla rispetto alle già vigenti prescrizioni e servirebbero solo ad appesantire gli oneri a carico dei partecipanti. Sul punto si evidenzia che il DGUE richiede obblighi dichiarativi con riferimento ad un preciso momento della procedura che è quello della presentazione della domanda. Non è richiesto l'aggiornamento della dichiarazione resa in caso di conflitti di interesse sopravvenuti, riferiti a fasi successive della procedura o alla fase di esecuzione del contratto. Inoltre, occorre considerare che il valore aggiunto delle previsioni inserite nei protocolli di legalità consiste nella volontà pattizia di assoggettarsi ad obblighi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla disciplina vigente, al fine di assicurare il massimo raggiungimento degli obiettivi di legalità e integrità. Per tali ragioni non si ritiene di accogliere la richiesta pervenuta.

È stato evidenziato, inoltre, che la previsione di sanzioni a carico dell'operatore economico, da fissare nel bando di gara o nel protocollo di legalità a discrezione della stazione appaltante, rischia di tradursi in un ulteriore aggravio dell'operatore economico, soprattutto di fronte ad una fattispecie, quale quella del conflitto di interesse, estremamente evanescente. In proposito, si è ritenuto di precisare, al punto 11.2 delle linee guida, che la previsione di sanzioni può avvenire nei protocolli di legalità e/o patti di integrità, in modo da evidenziare che dette previsioni devono essere assunte pattiziamente. Il bando di gara non può infatti prevedere sanzioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge, per il principio di tassatività. Era già chiarito, sul punto, che la determinazione delle sanzioni deve avvenire nel rispetto del principio di proporzionalità.

È stato proposto di prevedere 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. La previsione appare superflua laddove è previsto, dall'articolo 29 del codice dei contratti pubblici, la pubblicazione sul profilo del committente di tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi. I dati relativi ai soggetti incaricati dei vari adempimenti sono quindi pubblici e liberamente accessibili sul profilo del committente. In fase esecutiva, il diretto contatto dell'operatore economico con le figure del direttore dei lavori/direttore dell'esecuzione, collaudatori, addetti ai pagamenti, rende agevolmente conoscibili i soggetti incaricati della stazione appaltante. Si ritiene, pertanto, che la proposta non possa essere accolta, rappresentando un inutile aggravio del procedimento.