



COMUNE DI GRATTERI

CITTA' METROPOLITANA DI PALERMO

PROT. N. 6177

09 NOV. 2020

Ai Responsabili di Settore

OGGETTO: DIRETTIVA DEL RPCT SULLA INDIVIDUAZIONE E GESTIONE DEL CONFLITTO DI INTERESSI NELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI CONTRATTI PUBBLICI E FORMAZIONE DELLE COMMISSIONI DI GARA MISURA

PREMESSA:

Il conflitto di interessi è un tema cruciale nella prevenzione della corruzione. A conferma di ciò il legislatore, all'interno della legge n. 190/2012 (cd. legge anticorruzione), ha previsto l'introduzione di questa figura, aggiungendo l'art. 6 bis alla legge 241/1990 sul procedimento amministrativo.

La presente Direttiva, concernente il conflitto di interessi nelle procedure di affidamento di contratti pubblici e formazione delle commissioni di gara, è destinata ai dirigenti e funzionari che operano nell'ambito di procedure di affidamento di contratti pubblici e ha lo scopo di favorire la diffusione delle migliori pratiche, nell'ottica di pervenire alla corretta interpretazione e applicazione delle disposizioni di legge, con i seguenti obiettivi:

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

I principi generali della disciplina del conflitto di interessi nelle procedure ad evidenza pubblica sono contenuti nell'articolo 42 del d.lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che spetta alle stazioni appaltanti prevedere misure adeguate per contrastare le frodi e la 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 (art. 42, comma 1, d.lgs. n. 50/2016).

La disposizione in esame va coordinata con l'art. 80, co. 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 interessi, ai sensi dell'art. 42, co. 2, del codice dei contratti pubblici, che non sia diversamente risolvibile.

La 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 dell'immagine della Pubblica Amministrazione e 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;
- - Codice di comportamento del personale dell'ente;
- - articolo 53, comma 14, d.lgs. 165/2001.
- - art. 51 cod. proc. civ. – Astensione del giudice

Sul tema del conflitto di interessi è intervenuta anche l'ANAC, con le Linee Guida n. 15 (approvate dai Consigli dell'Autorità con delibera n. 494 del 5 giugno 2019), recanti "Individuazione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici", in attuazione dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; nelle citate Linee guida l'ANAC fornisce indicazioni di carattere generale volte a standardizzare i comportamenti da parte delle stazioni appaltanti sancendo, altresì, che le previsioni dell'articolo 42 del codice dei contratti pubblici devono considerarsi prevalenti rispetto alle disposizioni contenute nelle altre disposizioni vigenti, ove contrastanti.

Nella presente Direttiva si è tenuto conto, inoltre, della "Guida pratica per i dirigenti" elaborata dall' Olaf nel 2018 – "Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali" la quale, pur non giuridicamente vincolante per gli Stati membri, fornisce orientamenti generali nonché raccomandazioni, individuando le migliori pratiche.

Con l'introduzione dell'art. 6 bis nella legge n. 241/1990 (art.1, comma 41 della legge n. 190/2012), l'azione preventiva della corruzione, atta ad evitare tali conflitti, è divenuta un principio generale di diritto amministrativo secondo il quale *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.*

Si evidenzia, che uno specifico obbligo di informazione a carico del dipendente è previsto anche nel caso in cui stipuli contratti a titolo privato, ad eccezione di quelli conclusi ai sensi dell'art. 1342 del codice civile, con persone fisiche o giuridiche private con le quali abbia concluso, nel biennio precedente, contratti di appalto, finanziamento e assicurazione, per conto dell'amministrazione (art. 15, co. 3, del Codice di comportamento del personale regionale). Il dipendente ne informa per iscritto il dirigente dell'area di appartenenza entro 30 gg dalla stipulazione dei medesimi.

Si deve sottolineare inoltre che, con particolare riferimento alle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, le previsioni dell'articolo 42 del Codice dei contratti pubblici devono considerarsi prevalenti rispetto alle disposizioni contenute nelle altre disposizioni vigenti, ove contrastanti e si richiama la necessità che le disposizioni in parola siano coordinate con le previsioni dell'articolo 80, comma 5, lett. d) del codice dei contratti pubblici, secondo il quale 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. Anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.) ha espresso rilevanti considerazioni in tema di conflitto di interessi dei dipendenti pubblici, puntualizzando che l'obbligo di astensione, (...) *"non ammette deroghe e opera per il solo fatto che il dipendente pubblico risulti portatore di interessi personali che lo pongano in conflitto con quello generale affidato all'amministrazione di appartenenza"*.

DEFINIZIONE E AMBITO DI APPLICAZIONE DEL CONFLITTO DI INTERESSE NELLE PROCEDURE DI GARA

In linea generale, il conflitto di interessi è una condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che è contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Questo contrasta con principio generale dell'imparzialità dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Costituzione, per cui le scelte adottate dall'organo devono essere compiute nel rispetto della regola dell'equidistanza da tutti coloro che vengano a contatto con il potere pubblico.

Da ciò deriva l'obbligo del dipendente di informare l'Amministrazione ed astenersi.

A differenza della disciplina generale contenuta nella legge n. 190/2012 – il codice dei contratti pubblici contiene, come detto, una nozione peculiare di conflitto di interessi, posto che l'articolo 42, al secondo comma, stabilisce che esso ricorre "quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, 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 o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62."(art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50/2016).

L'art. 42 del codice dei contratti pubblici si applica a tutte le procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni nei settori ordinari, sopra e sotto soglia; si sottolinea che le situazioni di conflitto di interesse non sono individuate dalla norma in modo tassativo, ma possono essere rinvenute, volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della Costituzione, quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite.

Il Consiglio di Stato, nel Parere rilasciato sulla bozza di Linee Guida ANAC, individua ipotesi di conflitto di interesse tipiche e atipiche.

Per i casi tipici di conflitto di interesse, il legislatore ha individuato presupposti e condizioni utili al riguardo. Il conflitto di interessi sussiste con riferimento a rapporti di coniugio o convivenza; rapporti di parentela o affinità entro il secondo grado; rapporti di frequentazione abituale; pendenza di una causa o di grave inimicizia; rapporti di credito o debito significativi; rapporti di tutorato, curatela, rappresentanza o agenzia; rapporti di amministrazione, dirigenza o gestione di associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti (cfr. art. 7 del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62).

A questi casi vanno aggiunte tutte quelle situazioni non tipizzate, che attengono ai casi di potenziale incompatibilità la cui individuazione necessita di uno sforzo interpretativo circa l'aggettivo "personale" nonché una declinazione del concetto di "*interesse personale*" e di "*gravi ragioni di convenienza*".

La prima verifica va fatta ove il soggetto abbia "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 o di concessione". Intendendo per interesse economico-finanziario negli atti di gara non solo quello ai danni della stazione appaltante, come normale nel conflitto, ma anche quello ove il comportamento dell'agente arrechi a questi un vantaggio, non a scapito dell'interesse tipizzato ma a vantaggio di un terzo. (C.d.S., sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415; 14 maggio 2018, n. 2853)

La seconda si riferisce alle "gravi ragioni di convenienza" di cui all'art. 7 del D.P.R. n. 62 del 2013. Quindi quelle situazioni di "potenziale conflitto" che per loro natura, pur non costituendo di per se una delle situazioni tipizzate, siano destinate a evolvere in un conflitto tipizzato. Si devono, inoltre, aggiungere quelle situazioni le quali possono di per sé favorire l'insorgere di un rapporto di favore o comunque di non indipendenza e imparzialità in relazione a rapporti pregressi, solo però se inquadrabili nelle categorie dei conflitti tipizzati.

Al riguardo, si ricorda che questo tipo di situazioni vengano preventivamente valutate dal dipendente e che, ex post, l'amministrazione valuti la sussistenza delle condizioni di astensione ad agire in base a circostanze concrete e documentabili. Ciò anche in considerazione delle conseguenze e delle responsabilità derivanti dal mancato rispetto dell'obbligo di astensione posto che il personale che versa in situazioni di conflitto di interessi ha l'obbligo di darne comunicazione alla stazione appaltante e di astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Si deve evidenziare che la mancata astensione costituisce fonte di responsabilità disciplinare, amministrativa e penale a carico del dipendente pubblico (art. 42, comma 3, d.lgs. n. 50/2016), pertanto la stazione appaltante ha l'obbligo di vigilare affinché gli adempimenti previsti dal menzionato articolo siano rispettati; si richiama, sul punto, anche quanto statuisce l'art. 80, comma 5, lett. d) del medesimo decreto, secondo il quale l'operatore economico è escluso dalla gara quando la sua partecipazione determini una situazione di conflitto di interesse non risolvibile diversamente.

OBBLIGHI DICHIARATIVI E DI COMUNICAZIONE

L'art.42 del codice dei contratti pubblici fa riferimento *al personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi*. Si tratta dei dipendenti in senso stretto, ossia dei lavoratori subordinati che, in base ad un valido titolo giuridico, legislativo o contrattuale, hanno il potere di impegnare l'ente nei confronti dei terzi o comunque rivestono un ruolo sulla base del quale possono incidere sull'attività esterna della Regione. Questi soggetti che risultino coinvolti in una qualunque delle fasi di gestione del contratto

pubblico (programmazione, progettazione, preparazione documenti di gara, selezione dei concorrenti, aggiudicazione, sottoscrizione del contratto, esecuzione, collaudo, pagamenti) devono rilasciare la dichiarazione sostitutiva di assenza di conflitto di interessi, per quanto a loro conoscenza, prima della nomina al fine di preservare la procedura e lo stesso dipendente con riferimento alla singola procedura di gara.

I dipendenti sono tenuti a comunicare, immediatamente, al responsabile dell'ufficio di appartenenza e al RUP il conflitto di interesse che sia insorto successivamente al conferimento dell'incarico. Il RUP rende la dichiarazione al soggetto che l'ha nominato e al proprio superiore gerarchico.

La dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e certificazione, resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del DPR 445/2000 deve, pertanto riportare se, per quanto è dato di sapere al dipendente e rispetto alla specifica procedura di gara e alle circostanze conosciute, egli si trovi in una situazione, anche solo potenziale di conflitto di interessi, in relazione alla procedura d'appalto cui si fa riferimento, suscettibile cioè di porre in dubbio la sua imparzialità e indipendenza e deve contenere il riferimento alle conseguenze, in caso di dichiarazioni mendaci o per conflitti di interessi non dichiarati.

Si rappresenta che la stazione appaltante deve provvedere alla protocollazione, alla raccolta e alla conservazione delle dichiarazioni acquisite, nonché al loro tempestivo aggiornamento in occasione di qualsivoglia variazione sopravvenuta dei fatti dichiarati all'interno del fascicolo relativo alla singola procedura. I controlli delle dichiarazioni sostitutive sono effettuati a campione, da parte del dirigente responsabile dell'Ufficio, ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000. Il controllo viene avviato in ogni caso in cui insorga il sospetto della non veridicità delle informazioni ivi riportate, ad esempio al verificarsi delle situazioni indicate nella Tabella della Parte VI delle Linee guida n. 15 ANAC, in appendice alla presente o in caso di segnalazione da parte di terzi. I controlli sono svolti in contraddittorio con il soggetto interessato mediante utilizzo di banche dati, informazioni note e qualsiasi altro elemento a disposizione della stazione appaltante.

I principali strumenti di controllo possono essere rappresentati da:

- verifica del contenuto della dichiarazione ed esame delle situazioni di conflitto indicate dallo stesso dichiarante;
- verifiche su segnalazioni ricevute dall'esterno, da persone estranee alla situazione di conflitto, o sulla base di segnali di avvertimento, seguite da istruttoria interna in contraddittorio con il soggetto interessato;
- verifiche su fatti notori (es. ricerche su Internet, informazioni pubblicate su Amministrazione Trasparente o dai media o elementi riscontrati nel corso di altri controlli/audit);
- ogni altro elemento utile a disposizione del dirigente; le verifiche devono essere seguite da apposita istruttoria interna.

La presenza di un 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. Il conflitto di interesse che si manifesta successivamente al conferimento dell'incarico, comporta la revoca dello stesso e la nomina di un sostituto.

Le stazioni appaltanti sono tenute ad informare i dipendenti anche riguardo agli effetti della violazione delle disposizioni sul conflitto di interessi sul procedimento amministrativo e sul provvedimento conclusivo dello stesso.

Come detto più sopra, i controlli devono tenere in debita considerazione i cd. "segnali d'avvertimento" che possono aiutare a individuare situazioni di conflitto di interessi. Un segnale d'avvertimento è un elemento o di una serie di elementi che sono, per natura, inconsueti o si discostano dalla normale attività o dalla norma. Nelle procedure d'appalto pubblico possono emergere diversi segnali d'avvertimento, che indicano irregolarità: ad. es. nella documentazione di gara, offerte che provengano da una medesima pec, pressioni affinché una ditta esterna sia chiamata a coadiuvare nella stesura dei documenti, benché questo non sia necessario, comportamento del personale del progetto. Altri segnali di avvertimento possono consistere, a mero titolo d'esempio, nella circostanza che il dipendente dell'amministrazione aggiudicatrice abbia parenti che lavorano per un'impresa che potrebbe presentare un'offerta. La presenza di un segnale d'avvertimento determina l'esigenza che la circostanza debba essere verificata e monitorata con la dovuta diligenza.

OBBLIGO DI ASTENSIONE – GESTIONE DEL CONFLITTO

L'esistenza di un conflitto di interessi relativamente ad una procedura di gestione di un contratto pubblico comporta, per i soggetti obbligati, il dovere di astensione dalla partecipazione alla procedura. In questo caso, 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 concretizzi l'ipotesi di un conflitto di interessi idoneo a ledere l'imparzialità dell'azione amministrativa.

La valutazione della sussistenza di un conflitto di interessi va effettuata tenendo in considerazione le ipotesi previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica n. 62/2013 e ogni altro caso in cui sussistano i presupposti del conflitto di interesse individuati all'articolo 42 del codice dei contratti pubblici. In particolare, va valutato se la causa di astensione sia grave e se metta in pericolo l'adempimento dei doveri di integrità, indipendenza e imparzialità del dipendente, considerando nonché il pregiudizio che potrebbe derivare all'immagine di imparzialità dell'amministrazione di appartenenza nell'esercizio delle proprie funzioni.

Nel caso in cui il responsabile accerti la sussistenza di un conflitto di interesse idoneo a ledere l'imparzialità dell'azione amministrativa, lo stesso adotta le misure ritenute adeguate a superare la criticità rilevata, preventivamente individuate in idoneo atto organizzativo interno, tra le quali si riportano, a mero titolo di esempio, l'individuazione di un sostituto oppure, in carenza di idonee figure professionali, nell'avocazione al responsabile della relativa funzione.

Si evidenzia che per espressa previsione dell'art. 77, comma 6 del codice dei contratti pubblici, l'art. 42 si applica ai commissari e ai segretari delle commissioni giudicatrici, fatte salve le cause di incompatibilità e di astensione specificamente previste dall'art. 77 in parola e riguarda, come già riportato, tutte le fasi della procedura di gestione del contratto pubblico (programmazione, progettazione, elaborazione documenti di gara, selezione partecipanti, aggiudicazione, sottoscrizione del contratto, esecuzione, collaudo e pagamenti).

Si evidenzia, altresì, che il conflitto di interesse può insorgere anche nella fase dell'individuazione dei bisogni dell'amministrazione e ancor prima che siano noti i concorrenti.

Si evidenzia che i componenti degli organi politici delle amministrazioni aggiudicatrici che partecipano alla procedura di gara mediante l'adozione di provvedimenti di autorizzazione o approvazione e versano in una

situazione di conflitto di interessi, si devono astenere dal partecipare alla decisione dell'organo collegiale, nel rispetto della normativa vigente.

Anche in caso di affidamento di incarico a professionisti esterni, compresi i servizi legali (disciplinati dall'allegato IX del citato d.lgs. 50/2016), rappresentanza processuale e patrocinio, a prescindere dalla qualificazione giuridica data all'incarico, deve essere acquisita agli atti la dichiarazione sottoscritta ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000 che attesti, sotto la propria responsabilità, di non trovarsi in situazione, neppure potenziale, di conflitto di interessi, nella consapevolezza delle sanzioni penali previste dall'art. 76, per le ipotesi di false dichiarazioni e di presentazione di atti falsi o contenenti dati non rispondenti a verità.

LA PREVENZIONE DEL RISCHIO

Le stazioni appaltanti individuano preventivamente possibili situazioni di rischio che possano far emergere, nelle varie fasi della procedura, conflitti di interesse non dichiarati o non comunicati. Gli uffici, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, sono chiamati ad effettuare un costante monitoraggio degli incarichi ricoperti dai soggetti chiamati ad intervenire nella procedura di gara, al fine di assicurare la conformità dei comportamenti assunti rispetto alle norme vigenti in materia.

Si dispone di inserire, nel dispositivo delle determinazioni dirigenziali, un apposito punto nel quale si attesti l'avvenuto accertamento dell'insussistenza di situazioni di conflitto di interessi, in attuazione dell'art. 6 bis della L. 241/1990.

Il Responsabile della prevenzione della corruzione, d'intesa con il dirigente competente, provvede a monitorare l'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione anche in considerazione delle informazioni acquisite con le dichiarazioni di cui agli articoli 6, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 62/2013 e dell'articolo 6-bis della legge 241/90.

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

Nei Protocolli di legalità e/o nei Patti di integrità vanno inserite specifiche prescrizioni a carico dei concorrenti e dei soggetti affidatari mediante cui si richiede la preventiva dichiarazione sostitutiva della sussistenza, ove a conoscenza del dichiarante, 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.

Nei Protocolli di legalità e/o nei Patti di integrità, sono previste sanzioni a carico dell'operatore economico, sia in veste di concorrente che di aggiudicatario, nel caso di violazione degli impegni sottoscritti, secondo la gravità della violazione accertata e la fase in cui la violazione è posta in essere, oltre che nel rispetto del principio di proporzionalità.

Quando il personale della stazione appaltante che versa nella situazione di conflitto di interesse ha ommesso la dichiarazione o la comunicazione sopra richiamate e ha partecipato in qualunque modo alla procedura di gara o alle fasi propedeutiche della stessa e analoga omissione sia commessa dal concorrente con riferimento alla dichiarazione richiesta, la stazione appaltante valuta il comportamento del concorrente, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis o lett. d) del Codice dei contratti pubblici, tenuto conto anche della natura del conflitto non dichiarato e delle circostanze che hanno determinato l'omissione.

Si raccomanda, nell'ambito dell'attività formativa obbligatoria dei propri dipendenti, di intraprendere ogni adeguata iniziativa al fine di favorire una compiuta conoscenza al personale in merito agli obblighi di comunicazione e astensione, nonché in relazione alle conseguenze scaturenti dalla loro violazione e dall'inosservanza dei comportamenti da seguire in caso di conflitto di interesse e a vigilare affinché detti adempimenti vengano rispettati, attraverso misure organizzative adeguate.

Il Segretario Comunale

Dott.ssa Sferruzza Catena Patrizia

