

Prot. 37866/20

Allegati 3

Genova, 16 SETTEMBRE 2020

Ai direttori
Ai dirigenti
Ai responsabili di posizione organizzativa
Ai responsabili di procedimento
Agli addetti agli uffici di supporto amministrativo
Loro indirizzi

OGGETTO: il conflitto d'interessi negli atti amministrativi. Indicazioni e misure organizzative per la gestione dei conflitti. Direttiva.

Ho constatato che negli atti amministrativi viene inserita una frase del seguente tenore: *verificata l'insussistenza di situazioni anche potenziali di conflitto d'interessi*, e mi piacerebbe approfondire che tipo di verifiche vengono fatte al riguardo e da chi. Nel momento in cui si esprime un concetto del genere non riferito ad un soggetto che ha svolto la verifica, la frase in questione rischia di essere niente più che una formula di stile. Tuttavia, se vogliamo dare un significato al ruolo del responsabile di procedimento, come dominus dell'istruttoria, è a lui che vanno ascritte le suddette verifiche, poi avallate dal dirigente con la sottoscrizione del provvedimento e il contestuale rilascio del parere di regolarità amministrativa.

A tal fine ritengo opportuno segnalare le norme che disciplinano il conflitto d'interessi:

Articolo 7 dpr 62/13

E' una norma contenuta nel codice di comportamento, la cui violazione comporta responsabilità disciplinare. Essa si riferisce a due ambiti: le "decisioni" e le "attività" e riguarda chiunque si trovi in una situazione di conflitto d'interessi, reale o potenziale. Dispone il dovere di astensione e di contestuale segnalazione al proprio superiore gerarchico. Il dovere di astensione, è un preciso obbligo del dipendente che si trovi in una situazione di conflitto d'interessi, in alcune situazioni sintomatiche esemplificate dalla norma:

quando nelle decisioni o attività siano coinvolti

- **interessi propri,**
- interessi di parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, o di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale
- interessi di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi
- interessi 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

poi viene aggiunta una norma di chiusura che consiglia l'astensione in tutti gli altri casi in cui esistano gravi ragioni di convenienza.

A fronte del dovere di astensione nei casi esemplificati e negli altri casi in cui sussistano gravi ragioni di convenienza, l'ultimo periodo dell'articolo 7 dispone che sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza. Questo per evitare che l'astensione venga esercitata in casi in cui non sussistano ragioni sufficientemente gravi. Per le situazioni tipizzate di conflitto d'interessi sopra riportate, il dovere di astensione scatta subito, senza bisogno di ulteriori decisioni del responsabile dell'ufficio, cosa invece richiesta nelle situazioni non tipizzate delle "gravi ragioni di convenienza". In tal senso si veda il parere del Consiglio di Stato sulle Linee guida Anac sul

conflitto d'interessi:

“In tema di schema di Linee Guida aventi ad oggetto « Individuazione e gestione 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, con riguardo alle ipotesi atipiche di conflitto di interessi attinenti a casi di potenziale incompatibilità la cui individuazione necessita di uno sforzo ermeneutico, è opportuno cogliere l'occasione dell'adozione delle Linee Guida ANAC per esplicitare la locuzione « gravi ragioni di convenienza » di cui all'ultimo periodo dell'articolo 7 del d.p.r. n. 62/2013, al fine di fornire alle stazioni appaltanti utili punti di riferimento applicativi in un ambito così delicato quale quello in esame, **e il conflitto di interessi tipizzato non abbisogna di alcuna specificazione ulteriore o istruzione applicativa**, derivando da stati e rapporti o di fatto o giuridicamente definibili, viceversa le « gravi ragioni di convenienza » e le situazioni di « potenziale conflitto », come anche l'espressione « interesse finanziario, economico o altro interesse personale » necessitano di illustrazione, per soddisfare l'obiettivo proprio delle Linee Guida, quello appunto di fungere da « guida », anche se non vincolante, alle stazioni appaltanti.” Consiglio di Stato atti norm. - 05/03/2019, n. 667

In tal senso è da ritenere non conforme al dpr 62/13, la norma del codice specifico adottato dalla Città Metropolitana, che, proprio nei casi tipizzati, demanda la decisione sull'astensione al superiore gerarchico.

Con riferimento all'ambito di applicazione, l'articolo 7 si applica a qualunque attività o decisione della pubblica amministrazione o degli altri soggetti cui è applicabile il dpr n. 62/2013, e non riguarda quindi il solo ambito degli atti e provvedimenti amministrativi, ma, appunto, riguarda qualunque “decisione” o “attività”, da chiunque svolta a prescindere da ruoli formalmente attribuiti.

L'articolo 6 bis della legge n. 241/1990, inserito dalla legge n. 190/2012 ha invece, rispetto all'articolo 7 del dpr n. 62/2013, una dimensione procedimentale-amministrativa.

Rubricato, “Conflitto d'interessi” l'articolo 6 bis legge 241/90, definisce il suo ambito di applicazione oggettivo in termini procedimentali ed endo – procedimentali. Inoltre, da un punto di vista soggettivo, si riferisce espressamente al responsabile di procedimento e agli altri titolari degli uffici competenti ad adottare:

- i pareri,
- le valutazioni tecniche,
- gli atti endoprocedimentali
- il provvedimento finale

Dunque la dimensione dell'articolo 6 bis della legge n. 241/1990 è procedimentale e riguarda tutte le fasi e i soggetti del procedimento, che hanno il dovere di astensione in caso di conflitto d'interessi e di contestuale segnalazione. Mentre il codice di comportamento ha una dimensione disciplinare, la legge 241/90 ha una dimensione amministrativa, nel senso che la violazione del dovere di astensione sul procedimento in caso di conflitto d'interessi, potrebbe essere configurata come un vizio dell'atto amministrativo.

L'articolo 42 del decreto legislativo n. 50/2016 riguarda l'ambito dei contratti pubblici, è dunque una norma speciale, che però richiama la norma generale contenuta nell'articolo 7 del dpr n. 62/2013, con tutte le sue esemplificazioni di conflitti d'interesse tipizzate e conseguente obbligo di astensione.

A differenza delle altre due norme fin qui esaminate, l'articolo 42 al primo comma, stabilisce alcuni doveri in capo ad ogni stazione appaltante, nel nostro caso in capo all'Ente Città Metropolitana di Genova e quindi ai suoi organi variamente competenti.

Dispone infatti il comma 1 dell'articolo 42 che le stazioni appaltanti devono adottare:

- misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione
- misure adeguate 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.

L'ambito specifico a cui si applica la disciplina del conflitto d'interessi di cui all'articolo 42 è quello dello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni.

Le finalità delle misure da adottare per individuare, prevenire e risolvere le ipotesi di conflitto d'interessi, sono quelle di evitare distorsioni della concorrenza e garantire parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

Il comma 2 dell'articolo 42 contiene aspetti definatori del conflitto d'interessi.

Intanto l'ambito soggettivo a cui si applica è il personale della stazione appaltante, (Ente Città Metropolitana di Genova) o anche un esterno, prestatore di servizio per conto della stazione appaltante, che interviene in una procedura di aggiudicazione o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato. A differenza che nell'articolo 6 bis, della legge n. 241/90, in questa norma non si tiene conto dei ruoli formali collegati al procedimento amministrativo, ma a ruoli sostanziali. Infatti il conflitto d'interessi può verificarsi in capo ad un dipendente, a prescindere dal ruolo esercitato, a un dirigente, ma anche ad un consulente, prestatore di servizi ad esempio un broker. L'elemento fondamentale da indagare, è il potere di influenza sulla procedura o sul risultato o la semplice partecipazione alla procedura. E' partecipazione qualunque apporto alla procedura.

Stante la finalità della norma, è opportuno accogliere una interpretazione ampia del concetto di intervento nella procedura così come anche di quelli di potere di influenzarne il risultato.

Dunque, individuato l'ambito soggettivo, viene definito il conflitto d'interessi come segue:

- la sussistenza di 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.

E inoltre vengono richiamate le situazioni tipizzate dall'articolo 7 del dpr n. 62/13: "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, 62."

Il conflitto d'interessi a cui fa riferimento il comma 2 dell'articolo 42 è il conflitto anche solo apparente, ossia quella situazione, che può essere anche solo percepita come una minaccia all'imparzialità e indipendenza del dipendente o prestatore di servizi nel contesto della procedura di appalto o concessione.

La soluzione proposta è sempre la stessa: il dovere di astensione e contestuale segnalazione:

comma 3 articolo 42 dlgs n. 50/16 "Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 e' tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni."

Il comma 3 prosegue con l'esplicitazione del ricorrere di una responsabilità disciplinare in caso di mancata astensione in situazioni di conflitto d'interessi, ferma restando la responsabilità amministrativa e penale ove ne ricorrano i presupposti.

Va ricordato infatti che l'articolo 323 del codice penale sanziona come abuso d'ufficio, anche colui, che avendo un obbligo di astensione, non si astiene. Naturalmente ai fini della sussistenza della responsabilità penale occorrono il dolo e gli altri elementi del reato.

Le norme sul dovere di astensione si applicano anche nella fase di esecuzione del contratto, così dispone il comma 4 dell'articolo 42 del dlgs n. 50/2016, a maggiore ragione evidentemente. E' stato più volte sottolineato che ipotesi ricorrenti di maladministration si realizzano in fase di esecuzione del contratto, attraverso un cattivo esercizio del potere di vigilanza sull'operatore economico.

La vigilanza sul rispetto degli adempimenti previsti dall'articolo 42 è in capo all'Ente e ai suoi organi ed uffici competenti.

A ben vedere la frase che viene oggi inserita negli atti amministrativi della Città Metropolitana di Genova, è per certi versi da considerare abnorme, in quanto diretta ad attestare l'assenza di tutte le situazioni di conflitto d'interessi esemplificate dalle norme citate, a cui vanno aggiunti i cosiddetti conflitti stabili, derivanti dagli articoli 5 e 6 del dpr n. 62/2013.

Art 5

1. *Nel rispetto della disciplina vigente del diritto di associazione, il dipendente comunica tempestivamente al responsabile dell'ufficio di appartenenza la propria adesione o appartenenza ad associazioni od organizzazioni, a prescindere dal loro carattere riservato o meno, i cui ambiti di interessi possano interferire con lo svolgimento dell'attività dell'ufficio. Il presente comma non si applica all'adesione a partiti politici o a sindacati....*

Art 6

1. *Fermi restando gli obblighi di trasparenza previsti da leggi o regolamenti, il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando:*

a) se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione;

b) se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate.

2. *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.*

In particolare l'articolo 6 nel sancire l'obbligo per i dipendenti di comunicare al dirigente dell'ufficio i rapporti di collaborazione retribuiti in corso e nei tre anni precedenti, evidenzia una situazione di conflitto d'interessi stabile con un certo ufficio a causa di rapporti finanziari pregressi o attuali, tale da non poter essere risolto con la semplice astensione, ma con l'adibizione ad altro ufficio in cui le situazioni di conflitto siano assenti.

Conclusioni

E' evidente che stante la rilevanza del dovere di astensione in situazioni di conflitto d'interessi, il punto non è tanto quello di inserire una sorta di clausola di stile negli atti amministrativi, ma di poter ragionevolmente confidare, che le persone che a vario titolo intervengono in una attività, decisione, procedimento, endoprocedimento, procedura di aggiudicazione, non siano in conflitto d'interessi e qualora in conflitto, che si astengano e segnalino la situazione. E a monte, in sede di assegnazione del dipendente all'ufficio, quindi o in fase di assunzioni o in fase di trasferimento d'ufficio, occorre acquisire la dichiarazione circa l'assenza di rapporti finanziari in situazioni di conflitto d'interessi, prevista dall'articolo 6 del dpr n. 62/2013 e quella prevista dall'articolo 5 sull'appartenenza ad associazioni il cui ambito di interessi possa interferire con l'ufficio.

Fino a quando non verranno adottate le misure previste per individuare il conflitto d'interessi, tra cui le dichiarazioni previste dagli articoli 5 e 6 del dpr n. 62/13, ritengo che non sia corretto inserire una clausola di avvenuta verifica dell'assenza di conflitti d'interessi.

E ritengo altresì che non sia opportuno inserirla anche dopo aver adottato le misure suggerite. Infatti le misure dirette ad individuare, gestire e prevenire i conflitti d'interessi, attengono all'ambito

dei comportamenti e non ai requisiti di legittimità degli atti. O quanto meno, ai sensi dell'articolo 6 bis della legge n. 241/90 l'omessa astensione in caso di conflitto può riverberarsi come illegittimità dell'atto, ma in senso sostanziale, e non come mera presenza o meno della clausola di avvenuta verifica.

Propongo, in aggiornamento del piano anticorruzione che siano adottate le seguenti misure:

- procedere all'acquisizione delle dichiarazioni ex articoli 5 e 6 del dpr n. 62/2013, secondo il modello allegato, che consenta a ciascun responsabile di unità organizzativa di valutare la eventuale sussistenza di situazioni di conflitto d'interessi stabili.
- procedere al rinnovo delle dichiarazioni ex articoli 5 e 6 del dpr 62/2013 in caso di trasferimento d'ufficio
- acquisire le dichiarazioni ex articoli 5 e 6 del dpr 62/2013 prima della stipula dei contratti individuali di lavoro in seguito ad assunzione;
- ciascun responsabile di unità organizzativa, deve adottare alcune misure interne, finalizzate ad evitare il prodursi di situazioni di conflitto d'interessi, assegnando le attività, le decisioni, gli endoprocedimenti, le istruttorie procedimentali, a persone che non siano in conflitto d'interessi.
- nelle procedure di aggiudicazione, individuare tutti i soggetti che intervengono a vario titolo nel processo, chiarendo che la procedura di aggiudicazione non si identifica solo con la fase di gara, ma attiene a tutte le fasi anteriori e successive, come ad esempio la predisposizione dei capitolati e l'esecuzione dei contratti espressamente richiamata dall'articolo 42 dlgs n. 50/2016.

La presente direttiva va intesa come gestione dei conflitti d'interessi, in quanto fornisce un quadro delle principali norme e del significato delle stesse, puntando ad una gestione sostanziale e non meramente formale.

Con i migliori saluti.

Il Segretario Generale
(Dott.ssa Concetta Orlando)
firma apposta digitalmente