***Anticorruzione / Emanate dall’ANAC nuove Linee Guida sui conflitti di interesse ed appalti***

Sulla Serie Generale n. 182 del 5 agosto 2019 della Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana è stata pubblicata la **Delibera ANAC n. 494 del 5 giugno 2019** recante “*Linee Guida n. 15 sulla Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*”, varate anche alla luce del parere n. 667 del 5 marzo 2019 rilasciato dal Consiglio di Stato e facenti riferimento all'art. 42 del **D.Lgs. n. 50/2016** (c.d. *Codice dei contratti*), che ha introdotto una disciplina particolare per le ipotesi di conflitto di interesse nell’ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Le **nuove Linee Guida dell' ANAC** sono costituite da 4 parti:

* Parte I - Definizioni e ambito di applicazione del conflitto di interesse nelle procedure di gara
* Parte II - Obblighi dichiarativi e di comunicazione 
* Parte III - Obbligo di astensione ed esclusione dalla gara del concorrente
* Parte IV - La prevenzione del rischio

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. L’individuazione del rischio è particolarmente rilevante nei casi in cui maggiore è la discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante. Nella tabella allegata alla Parte IV è possibile individuare, preventivamente, possibili situazioni di rischio che possano far emergere, nelle varie fasi della procedura, conflitti di interesse non dichiarati o non comunicati. Le fasi individuate sono le seguenti:

 programmazione;

 progettazione della gara;

 selezione del contraente;

 verifica, aggiudicazione e stipula contratto;

 esecuzione del contratto;

 rendicontazione del contratto, con la precisazione che per ogni fase sono riportati: i processi; i soggetti coinvolti; le situazioni di rischio.

In linea generale, la sussistenza di un conflitto di interesse relativamente ad una procedura di gestione di un contratto pubblico comporta il dovere di astensione dalla partecipazione alla procedura e la partecipazione alla procedura da parte del soggetto che versi in una situazione di conflitto di interessi comporta l’insorgere delle responsabilità, penali, amministrative e disciplinari, individuate all’articolo 42, comma 3, del codice dei contratti pubblici.

Di conseguenza, 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 o comunque accertata realizzi un conflitto di interessi idoneo a ledere l’imparzialità dell’azione amministrativa. Nel Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPC) o in altro atto organizzativo interno la stazione appaltante individua il titolare del potere sostitutivo che valuta l’esistenza del conflitto di interesse in caso di dirigente apicale. j La valutazione della sussistenza di un conflitto di interessi viene effettuata tenendo in considerazione le ipotesi previste dall’articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica n. 62/2013.

In particolare, occorre valutare se la causa di astensione sia grave e metta in pericolo l’adempimento dei doveri di integrità, indipendenza e imparzialità del dipendente, considerando, altresì, il pregiudizio che potrebbe derivare al decoro e al prestigio dell’amministrazione di appartenenza. La stazione appaltante deve valutare tutte le circostanze del caso concreto, tenendo conto della propria organizzazione, della specifica procedura espletata nel caso di specie, dei compiti e delle funzioni svolte dal dipendente e degli interessi personali dello stesso.

Nel caso in cui il soggetto accerti la sussistenza di un conflitto di interesse idoneo a ledere l’imparzialità dell’azione amministrativa, lo stesso affida il procedimento ad un diverso funzionario dell’amministrazione oppure, in carenza di idonee figure professionali, lo avoca a se stesso.

Inoltre, tenuto conto della natura e dell’entità del conflitto di interesse, del ruolo svolto dal dipendente nell’ambito della specifica procedura e degli adempimenti posti a suo carico, può adottare ulteriori misure che possono consistere:

1) nell’adozione di cautele aggiuntive rispetto a quelle ordinarie in materia di controlli, comunicazione, pubblicità;

2) nell’intervento di altri soggetti con funzione di supervisione e controllo;

3) nell’adozione di obblighi più stringenti di motivazione delle scelte adottate, soprattutto con riferimento alle scelte connotate da un elevato grado di discrezionalità.

L’art. 42 trova applicazione:

 a tutte le procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni nei settori ordinari, sopra e sotto soglia;  agli appalti nei settori speciali e agli appalti assoggettati al regime particolare di cui alla parte II, titolo VI del Codice dei contratti, in forza dell'art. 114, comma 1, del codice stesso;

 ai contratti esclusi dall'applicazione del codice medesimo in quanto declinazione dei principi di imparzialità e parità di trattamento di cui all'art. 4 e in forza della disciplina dettata dalla legge n. 241/1990 e dal decreto del Presidente della Repubblica n. 62/2013;

 alla fase di esecuzione dei contratti pubblici. Le Linee guida si pongono i seguenti obiettivi:

 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;

 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;

 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 21 agosto 2019 sono entrate in vigore le **norme di aggiornamento ai punti 1.5, 2.2, 2.3 e 5.2.6, lettera j) delle “Linee guida n. 4” dell’ANAC**, pubblicate sulla Gazzetta ufficiale n. 183 del 6 agosto 2019, emanate alla luce della procedura di infrazione n. 2018/2273 intrapresa da Bruxelles contro il nostro Paese in materia di criteri di affidamento per gli appalti che mostrano un interesse transfrontaliero certo e successivamente estesa a tutti gli appalti con una soglia non sufficientemente elevata, a prescindere dall’interesse transfrontaliero della gara. Rispetto alle precedenti Linee guida, aggiornate al Decreto Legislativo n. 56-2017 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018, il nuovo punto 1.5 prevede alcune precisazioni relative ai criteri per accertare la presenza o meno del carattere transfrontaliero dell’appalto.

In particolare, il nuovo testo prevede che “*Tale condizione non può essere ricavata, in via ipotetica, da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell’appalto in questione quali, a titolo esemplificativo, l’importo dell’appalto, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, le caratteristiche tecniche dell’appalto e le caratteristiche specifiche dei prodotti in causa, tenendo anche conto, eventualmente, dell’esistenza di denunce (reali e non fittizie) presentate da operatori ubicati in altri Stati membri*”.

Su questo punto il nuovo art. 1.5 continua precisando che “possono essere considerati, al riguardo, anche precedenti affidamenti con oggetto analogo realizzati da parte della stazione appaltante o altre stazioni appaltanti di riferimento”, proseguendo con la specificazione che “è necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo”.

Per quanto riguarda l'articolo 2.2, la nuova versione mantiene inalterata la prima parte dell’articolo che prevede che “per le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, nel calcolo del valore stimato devono essere cumulativamente considerati tutti i lavori di **urbanizzazione primaria e secondaria** anche se appartenenti a diversi lotti, connessi ai lavori oggetto di permesso di costruire”. La nuova versione dell’articolo interviene, invece, con l'aggiunta del seguente paragrafo: “*quanto disposto dall’articolo 16, comma 2 bis, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e 36, comma 4, Codice dei contratti pubblici si applica unicamente quando il valore di tutte le opere di urbanizzazione, calcolato ai sensi dell’articolo 35, comma 9, Codice dei contratti pubblici, non raggiunge le soglie di rilevanza comunitaria. Per l’effetto: se il valore complessivo delle* ***opere di urbanizzazione a scomputo*** *– qualunque esse siano – non raggiunge la soglia comunitaria, calcolata ai sensi dell’articolo 35, comma 9, Codice dei contratti pubblici, il privato potrà avvalersi della deroga di cui all’articolo 16, comma 2 bis, d. P.R. 6 giugno 2001 n. 380, esclusivamente per le opere funzionali; al contrario, qualora il valore complessivo di tutte le opere superi la soglia comunitaria, il privato sarà tenuto al rispetto delle regole di cui al Codice di contratti pubblici sia per le opere funzionali che per quelle non funzionali. Per* ***opere funzionali*** *si intendono le opere di urbanizzazione primaria (ad es. fogne, strade, e tutti gli ulteriori interventi elencati in via esemplificativa dall’articolo 16, comma 7, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380) la cui realizzazione è diretta in via esclusiva al servizio della lottizzazione ovvero della realizzazione dell’opera edilizia di cui al titolo abilitativo a costruire e, comunque, quelle assegnate alla realizzazione a carico del destinatario del titolo abilitativo a costruire*”. Le modifiche apportate agli articoli 2.3 e alla lettera j dell’art. 5.26 riguardano, infine, esclusivamente l’aggiunta di nuovi riferimenti normativi.

Nel corso dell’aggiornamento delle Linee guida n. 4 è intervenuta l’approvazione del decreto “**Sblocca cantieri”** che, tra le altre cose, ha modificato l'assetto del Codice dei contratti pubblici in termini di disposizioni attuative. Lo Sblocca cantieri, infatti, ha stabilito il **superamento** del c.d. sistema della “**soft law**”, ovvero delle Linee Guida dell’ANAC, a favore del **ritorno del Regolamento Unico di attuazione** che dovrebbe essere adottato entro 180 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge di conversione del decreto (*per approfondimenti vedasi articolo pubblicato sul precedente Numero della Newsletter*). Nell’attesa che ciò avvenga, lo Sblocca cantieri ha comunque previsto la facoltà per l’ANAC di modificare le Linee guida n. 4 ai soli fini dell’archiviazione della procedura di infrazione n. 2018/2273.