



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Avvocatura Generale dello Stato

18/02/2015
AG/08/2015/AC

Oggetto: Richiesta di parere formulata dall'Avvocatura Generale dello Stato in ordine all'interpretazione e alle modalità di attuazione delle misure di prevenzione della corruzione di monitoraggio dei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici (art. 1, comma 9, lett. e) della l. n. 190/2012) e della clausola anti *pantouflage* di cui all'art. 53, comma 16 *ter* del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, comma 42, lett. l) della l. n. 190/2012)

In esito a quanto richiesto con nota prot. n. 20860 del 9 novembre 2014, si comunica che il Consiglio dell'ANAC – nell'adunanza del 18 febbraio 2015 – ha approvato le seguenti considerazioni.

Con l'istanza di parere in oggetto, l'Avvocatura Generale dello Stato ha evidenziato a quest'Autorità che, attraverso il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione 2014-2016, ha attribuito una particolare rilevanza ai requisiti dei soggetti partecipanti alle procedure di affidamento e degli aggiudicatari.

Il PTPC ha previsto, infatti, l'inserimento, in ogni contratto, della dichiarazione che l'operatore economico non si trovi in alcuna delle condizioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, nonché delle condizioni di cui all'art. 53, comma 16 *ter* del d.lgs. n. 165/2001, né in relazione di parentela o affinità, o situazione di convivenza o frequentazione abituale con dirigenti e dipendenti dell'Avvocatura dello Stato. Le stazioni appaltanti, inoltre, devono richiedere agli operatori economici le dichiarazioni sostitutive di certificazione e/o di atto di notorietà, che attestino le condizioni di cui sopra, utilizzando i modelli predisposti e allegati al PTCP.

Al fine di semplificare gli adempimenti delle stazioni appaltanti e di evitare duplicazioni, è stato precisato, poi, che la dichiarazione sostitutiva ex art. 38, comma 2 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) è acquisita solo per procedure di affidamento che non comportano adesione a convenzioni Consip o che avvengono al di fuori del Mercato elettronico della p.a., considerato che



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

L'abilitazione dell'impresa è subordinata al possesso dei requisiti di capacità professionale e che Consip effettua controlli nei confronti delle imprese in merito all'effettiva sussistenza e alla permanenza dei requisiti dichiarati.

È stata, invece, ritenuta in ogni caso dovuta la dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa: «che non sussistono relazioni di parentela o affinità, o situazioni di convivenza o frequentazione abituale tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti dell'impresa e i dirigenti e i dipendenti dell'Avvocatura dello Stato» (combinato disposto dell'art. 1, comma 9, lett. e) della l. n. 190/2012 e dell'art. 6 del d.p.r. n. 62/2013) e «di non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e di non aver attribuito incarichi ad ex dipendenti dell'Avvocatura dello Stato che hanno esercitato poteri autorizzativi o negoziali per conto della predetta Avvocatura dello Stato (dirigenti, funzionari titolari di funzioni dirigenziali, responsabili di procedimento ex art. 125, commi 8 e 11, d.lgs. n. 163/2006) per il triennio successivo alla cessazione del rapporto di lavoro» (art. 53, comma 16 *ter*, d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 1, comma 42 della l. n. 190/2012).

L'istante osserva, al riguardo, che alcune grandi società di servizi, tra le quali la società SDA del gruppo Poste Italiane e la società TELECOM, hanno chiesto di modificare la dichiarazione in questione in «non è a conoscenza di» o in «per quanto a propria conoscenza»; la società TELECOM ha, inoltre, chiesto la completa eliminazione del primo punto, inerente ai rapporti personali tra soggetti dei due enti.

L'Avvocatura dello Stato ha rilevato, invece, anche in virtù degli orientamenti della giurisprudenza, che il legale rappresentante possa rendere anche dichiarazioni sostitutive su fatti che riguardano soggetti terzi di cui sia a conoscenza diretta (si cfr. Cons. Stato, n. 4243/2010 e n. 1563/2014). Tuttavia, l'amministrazione istante ha parzialmente modificato il modello di dichiarazione, richiedendo che il legale rappresentante dichiari di «essere a diretta conoscenza: che non esistono relazioni di parentela o affinità, ecc. e che non sono stati conclusi contratti di lavoro subordinato o autonomo, ecc.»

Alla luce di ciò, è stato chiesto all'Autorità di esprimere un parere sulla correttezza dell'operato della scrivente amministrazione sino ad ora espletato e di conoscere, altresì, gli strumenti attraverso i quali si possono attuare le verifiche, conseguenti alle dichiarazioni sostitutive acquisite, sulle eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti dei soggetti che stipulano contratti o che conseguono vantaggi economici e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione (di cui all'art. 1, comma 9, lett. e), l. n. 190/2012) e, più in generale, sulle situazioni di conflitto di interesse anche potenziale.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Le questioni sottoposte all'attenzione dell'Autorità dall'Avvocatura Generale dello Stato attengono a due diversi profili.

In ordine al primo profilo, si chiede, in particolare, il parere dell'Autorità sulla correttezza dell'operato dell'Avvocatura con particolare riferimento alle formule inserite all'interno dei contratti di affidamento di lavori, forniture e servizi. Queste ultime, come anticipato, riguardano, nella specie, le dichiarazioni del legale rappresentante dell'impresa sull'inesistenza delle relazioni di parentela o affinità e sull'inesistenza di situazioni di *pantouflage*.

L'esigenza perseguita dall'amministrazione è quella di non ostacolare la speditezza delle procedure contrattuali con l'efficace perseguimento degli obiettivi di prevenzione della corruzione e di legittimità e regolarità dell'azione amministrativa.

In ordine al secondo profilo, si chiede, altresì, all'Autorità di conoscere gli strumenti di verifica delle relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti dell'amministrazione (di cui all'art. 1, comma 9, lett. e) della l. n. 190/2012), e più in generale delle situazioni di conflitto di interesse anche potenziale.

La disamina della prima problematica posta all'attenzione dell'Autorità richiede, preliminarmente, una riflessione in ordine alla legittimità della previsione della dichiarazione, avente ad oggetto sia l'inesistenza delle relazioni di parentela o affinità che l'inesistenza di situazioni di *pantouflage*, all'interno dei contratti di affidamento di lavori, forniture e servizi.

Si tratta, infatti, di verificare se l'inserimento di tali clausole siano finalizzate ad attuare fondamentali principi previsti dalla legge anticorruzione.

La clausola prevista nei contratti richiede, in primo luogo, che il legale rappresentante rilasci una dichiarazione sulla non sussistenza di relazioni di parentela o affinità o situazioni di convivenza o frequentazione abituale tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti dell'impresa e i dirigenti e i dipendenti dell'Avvocatura stessa.

La dichiarazione, così prevista, risulta, peraltro, dal combinato disposto di due norme.

È quanto può evincersi, in primo luogo, dall'art. 1, comma 9, lett. e) della l. n. 190/2012, secondo cui una delle esigenze a cui è preposto il PTPC è rappresentata, proprio, dal monitoraggio dei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e dipendenti dell'amministrazione. Analogo principio è desumibile dall'art. 6 del d.p.r. n. 62/2013 (Codice di Comportamento) che prevede, da una parte, che il dipendente, all'atto di assegnazione all'ufficio, informi il dirigente di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualsiasi modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni e, dall'altra, il dovere di astensione del dipendente dal prendere decisioni o svolgere



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di convivente, di parenti, di affini entro il secondo grado.

Le disposizioni citate, con finalità di prevenzione della corruzione, rappresentano una tipizzazione delle relazioni personali o professionali sintomatiche del possibile conflitto di interesse che potrebbe configurare un profilo di sviamento della funzione tipica dell'azione amministrativa.

Al fine di evidenziare la rilevanza degli strumenti di cui alla legge n. 190/2012 diretti ad evitare il preconstituirsi di situazioni di conflitto di interesse, anche potenziale, giova rappresentare quanto segue.

Il conflitto di interessi è una condizione che si verifica quando risulta, anche potenzialmente, compromessa l'imparzialità richiesta al dipendente di una pubblica amministrazione, che, nell'esercizio del potere decisionale, può interporre interessi personali o professionali in conflitto con interessi pubblici. Il verificarsi di un conflitto di interessi non costituisce la prova certa che siano stati commessi illeciti ma può, tuttavia, rappresentare un'agevolazione nel caso in cui si cerchi di influenzare il risultato di una decisione non più preordinata al perseguimento di un interesse della p.a. ma al raggiungimento di un beneficio di un soggetto privato.

Si osserva, inoltre, che proprio l'assenza di un apparato sanzionatorio a supporto dell'effettività delle norme in tema di conflitto di interessi hanno conferito una valenza simbolica e operativa alle previsioni della legge n. 190/2012 sul tema in esame e hanno voluto, tuttavia, rafforzare in tal modo il perseguimento delle finalità pubbliche di prevenzione della corruzione.

Ne consegue la legittimità delle dichiarazioni, previste dall'amministrazione istante, sull'inesistenza di relazioni di parentela o affinità tra i propri dipendenti e dirigenti e i soggetti facenti parte delle imprese con le quali la stessa stipula contratti.

La clausola richiede, in secondo luogo, che il legale rappresentante rilasci una dichiarazione di non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e di non aver attribuito incarichi ad ex dipendenti dell'Avvocatura dello Stato che hanno esercitato poteri autorizzativi o negoziali per conto della stessa (dirigenti, funzionari titolari di funzioni dirigenziali, responsabili di procedimento ex art. 125, commi 8 e 11, d.lgs. n. 163/2006) per il triennio successivo alla cessazione del rapporto di lavoro (art. 53, comma 16 *ter*, d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 1, comma 42, l. n. 190/2012).

La norma, anche essa con finalità di prevenzione, mira a ridurre il rischio di situazioni di corruzione connesse all'impiego del dipendente successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro. Si intende, dunque, evitare che, durante il periodo di servizio, il dipendente stesso possa preconstituersi delle situazioni lavorative vantaggiose sfruttando la sua posizione e il suo potere all'interno dell'amministrazione per ottenere un lavoro presso il soggetto privato in cui entra in contatto.

Ai fini di individuare l'ambito di applicazione della norma, occorre sottolineare che la stessa è riferita espressamente ai dipendenti nel senso più ampio del termine tale da ricomprendere anche i soggetti legati alla p.a. da un rapporto di lavoro a tempo determinato o autonomo. È quanto chiarito, peraltro,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dall'art. 21 del d.lgs. n. 39/2013 che ha inteso ampliare la sfera dei destinatari dell'art. 53, comma 16 *ter* del d.lgs. n. 165/2001 anche i soggetti esterni con cui la p.a. stipula contratti di lavoro di diritto privato. Ai fini delle prescrizioni dei divieti di cui alla norma citata, pertanto, in primo luogo, devono considerarsi dipendenti della p.a. anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al d.lgs. n. 39/2013, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo. In secondo luogo, deve farsi riferimento ai dipendenti che negli ultimi tre anni hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, che si estrinsecano nell'adozione di provvedimenti amministrativi atti ad incidere unilateralmente, modificandole, sulle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari e nell'esercizio di una piena capacità contrattuale e che hanno instaurato, altresì, rapporti di carattere privatistico mediante atti a contenuto negoziale, come previsto dall'art. 1, comma 1 *bis* della l. n. 241/1990.

La disposizione prevede, poi, in caso di violazione del divieto ivi sancito, le specifiche sanzioni della nullità del contratto e del divieto per i soggetti privati che l'hanno concluso e conferito, di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con contestuale obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti ed accertati ad essi riferiti.

Al fine di definire la portata applicativa della norma, occorre sottolineare, altresì, che, a seguito dell'entrata in vigore della legge anticorruzione, anche il Piano Nazionale Anticorruzione ha dato rilevanza all'art. 53, comma 16 *ter* del decreto citato, per le chiare finalità di prevenzione della corruzione perseguite.

Il PNA, infatti, ha previsto l'inserimento della condizione soggettiva di cui alla citata norma nei bandi di gara o negli atti prodromici agli affidamenti e la sanzione dell'esclusione dalle procedure di affidamenti, anche mediante procedura negoziata nei confronti dei soggetti per i quali sia emerso il mancato rispetto del requisito previsto dalla norma (Par. 3.1.9 del PNA).

In conformità a quanto sopra, peraltro, nel bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014, l'Autorità ha espressamente previsto l'introduzione, tra le condizioni ostative alla partecipazione, oggetto poi di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, del divieto *ope legis* di cui all'art. 53, comma 16 *ter* del d.lgs. n. 165/2001.

Come noto, ai sensi dell'art. 64, comma 4-*bis* del d.lgs. n. 163/2006, il bando tipo adottato dall'Autorità costituisce un modello di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara per l'affidamento dei contratti pubblici, potendo discostarsene esclusivamente in presenza di una motivata deroga. Sussiste dunque l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di rispettare le prescrizioni e le indicazioni contenute nei bandi-tipo adottati dall'Autorità nelle procedure di scelta del contraente, ivi inclusa l'introduzione nella *lex specialis* di gara, della specifica previsione ostativa di cui al citato art. 53, comma 16 *ter* del d.lgs. n. 165/2001.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Dalle considerazioni che precedono deriva, quindi, la legittimità anche dell'inserimento delle clausole in tema di divieto di *pantouflage* come sopra riportato. Si tratta, infatti, di una clausola avente lo scopo di realizzare i fini di cui alla l. n. 190/2012.

Un'ulteriore riflessione merita la questione inerente la dichiarazione sostitutiva resa dal legale rappresentante.

L'istante ha previsto che la dichiarazione resa dal legale rappresentante in ordine ai profili di anticorruzione sopra esaminati debba essere resa in senso positivo ("dichiara di conoscere") e fare riferimento alla "diretta conoscenza", come sancito dall'art. 47, comma 2 del d.p.r. n. 445/2000 secondo cui: «la dichiarazione, resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, quali personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza» e, pertanto, il legale rappresentante può rendere anche dichiarazioni sostitutive su fatti che riguardano soggetti terzi di cui sia a conoscenza diretta.

A supporto del disposto normativo, l'istante richiama anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui: «Il legale rappresentante della società, quindi, poteva rendere, alla luce della norma richiamata, la dichiarazione relativa agli altri tre soggetti muniti di rappresentanza» (si cfr. Cons. Stato n. 4243/2010 e n. 1563/2014).

Giova ricordare che l'Autorità, con parere PREC. n. 211 del 19/12/2012, si è già espressa in ordine alla legittimità della dichiarazione rilasciata dal legale rappresentante dell'impresa in ordine alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice dei contratti in capo a soggetti terzi (a titolo esemplificativo il direttore tecnico cessato dalla carica).

L'Autorità, nel suddetto parere, ha sostenuto, in buona sostanza, la legittimità della dichiarazione rilasciata dal legale rappresentante sulla base di due argomentazioni.

La prima è quella secondo cui la predetta dichiarazione non può che essere resa se non nel senso che essa attesta solo quanto è a conoscenza del dichiarante, tenuto conto che l'amministrazione, a fronte dell'identificazione dei soggetti interessati, può procedere alle verifiche che ritiene necessarie in ordine alla sussistenza o meno dei requisiti dichiarati. La seconda è quella secondo cui il legale rappresentante non può allegare certificazioni riguardanti un terzo che non gli vengano rese dalle pubbliche amministrazioni e non può essere costretto ad autocertificare elementi dei quali non abbia del tutto legittimamente completa contezza.

Si riporta di seguito un passaggio della sentenza della Consiglio di Stato n. 3862/2011, a supporto di quanto sopra esposto, secondo cui: «L'art. 38, d. lgs. n. 163/2006, relativamente alle dichiarazioni sostitutive rese in ordine a stati, qualità personali e fatti relativi a terzi (cioè i precedenti amministratori



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

cessati dalla carica nel triennio antecedente e gli altri soggetti contemplati), non può che essere interpretata se non in relazione ai principi generali in tema di dichiarazioni rese alla pubblica amministrazione (e connesse responsabilità per dichiarazioni false) ed all'art. 47 DPR n. 445/2000. In tal senso, proprio perché il soggetto può rendere la dichiarazione afferente al terzo solo relativamente a stati, qualità e fatti "di cui abbia diretta conoscenza", ne consegue che, in presenza di una norma (art. 38) che comunque richiede la predetta dichiarazione, quest'ultima non può che essere resa se non nel senso che essa attesta solo quanto è a conoscenza del dichiarante, ben potendo l'amministrazione – a fronte di una compiuta identificazione dei soggetti interessati – procedere alle opportune verifiche, anche attraverso il casellario giudiziale ed altri archivi pubblici (ai quali essa, a differenza del dichiarante, ha accesso), in ordine alla sussistenza (o meno) dei requisiti in capo a tali soggetti. In definitiva, il partecipante alla gara (e per esso il suo legale rappresentante): per un verso, non può allegare, di sua iniziativa, certificazioni che, riguardanti un terzo, non gli vengono rese dalle pubbliche amministrazioni depositarie; per altro verso, non può dichiarare fatti, stati e qualità se non "per quanto a propria conoscenza", posto che non può essere costretto ad autocertificare elementi dei quali non abbia (del tutto legittimamente) completa contezza, né potendo egli essere costretto ad assumere responsabilità per dichiarazioni mendaci, laddove non a conoscenza degli elementi oggetto della dichiarazione medesima (ma tuttavia costretto a renderla); per altro verso ancora, non è tenuto (né l'eventuale omissione può costituire causa di esclusione dalla gara) ad indicare le ragioni per le quali non ha potuto produrre le dichiarazioni dei precedenti amministratori (o autocertificare egli le circostanze ad essi relative), posto che il soggetto (persona fisica o giuridica) partecipante alla gara non ha assunto obbligazioni del fatto del terzo nei confronti della stazione appaltante (art.1381 c.c.)...»

Ne deriva, dunque, che la dichiarazione del legale rappresentante, al di là della specifica formulazione letterale, non può che essere resa se non nel senso di attestare informazioni di cui lo stesso ha conoscenza perché rese dal dichiarante (con le connesse responsabilità per dichiarazioni false) oppure perché ottenute sulla base di certificazioni rese dalle pubbliche amministrazioni, sulle quali comunque le stesse possono riservarsi l'esercizio di poteri di verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti. È in questo senso, dunque, che deve essere, intesa la diretta conoscenza.

Per quanto riguarda, la predisposizione di strumenti di verifica, conseguenti alle dichiarazioni sostitutive acquisite, sulle eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti dei soggetti che stipulano contratti o che conseguono vantaggi economici e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione e, più in generale, sulle situazioni di conflitto di interesse anche potenziale, si precisa quanto segue.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

L'art. 1, comma 9, lett. e) della legge n. 190/2012 sancisce che il Piano triennale di prevenzione della corruzione risponde, fra le varie esigenze, anche a quella di «monitorare i rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e dipendenti dell'amministrazione».

Si ritiene, anche alla luce di precedenti pronunce dell'Autorità (cfr. orientamento n. 110 del 4 novembre 2014) che, a tal fine, le pp.aa. hanno la facoltà di chiedere, anche ai soggetti con i quali sono stati stipulati contratti o che risultano interessati dai suddetti procedimenti, una dichiarazione in cui attestare l'inesistenza di rapporti di parentela o affinità con funzionari o dipendenti della p.a.

Al fine di rendere tale adempimento non eccessivamente gravoso, sarà compito dell'amministrazione verificare la sussistenza di situazioni di conflitto di interesse ed, eventualmente, adottare i necessari provvedimenti per rimuoverla.

Non essendo state previste né dalla legge e né dal PNA modalità di verifica a carico delle amministrazioni, si deduce che rientri nella loro discrezionalità vigilare sulla fondatezza delle dichiarazioni ricevute, attraverso richieste di informazioni, certificazioni da parte di altre amministrazioni, accesso ad archivi pubblici.

La legge n. 190/2012, pur non prescrivendo specifiche modalità di verifica, rimette al Responsabile della prevenzione della corruzione il controllo dell'efficienza delle misure del piano e, dunque, anche della specifica esigenza di cui all'art. 1, comma 9, lett. e) della legge anticorruzione. E, infatti, alla verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità, nonché a proporla la modifica quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione, provvede il RPC, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1, comma 10 della citata legge.

Si conclude, quindi, per la legittimità delle clausole inserite nei contratti stipulati dall'Avvocatura in ordine all'attestazione dell'assenza di situazioni di parentela e affinità o *pantouflage* (art. 1, comma 9, lett. e) e art. 53, comma 16 *ter* del d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 1, comma 42, lett. l) della l. n. 190/2012) per le motivazioni sopra addotte e si rimette alle funzioni svolte dal RPC la verifica dell'efficienza delle misure di cui al PTPC, all'interno della quale è contenuta quella diretta al monitoraggio dei rapporti fra pp.aa. e soggetti con i quali la stessa stipula contratti (art. 1, comma 9, lett. e) e comma 10 della l. n. 190/2012).

Presidente f.f.
Francesco Merloni