

Conflitto di interessi

La valutazione del conflitto di interessi nella gestione dei contratti pubblici - Due casi di studio

di Massimo Di Rienzo e Andrea Ferrarini (Spazioetico Associazione Professionale) - Esperti in prevenzione della corruzione, trasparenza ed etica della Pubblica Amministrazione

Il 19 ottobre 2018 ANAC ha pubblicato uno schema di linee guida, per la gestione dei conflitti di interessi nelle procedure di affidamento di contratti pubblici. Ma valutare ex ante il rischio di conflitto di interessi è senza dubbio un compito non facile e che non può essere svolto dal personale, senza il supporto dell'organizzazione.

Premessa

Da qualche anno ormai ci occupiamo di prevenzione della corruzione. Facendo soprattutto formazione al personale della Pubblica Amministrazione. Il nostro modo di lavorare (chi ci ha avuto in aula lo sa bene) è abbastanza inusuale. Non parliamo di norme, obblighi, sanzioni e controlli. Non proponiamo strumenti innovativi e potentissimi in grado di debellare la corruzione. Ma non diciamo neanche che la corruzione è imbattibile. Molto più semplicemente raccontiamo dei casi, a volte basati su vicende realmente accadute, in cui personaggi dai nomi improbabili (Bruno Dall'Osso, Mario Solitario, Massimo Impegno, ecc...) vivono situazioni che quotidianamente i dipendenti pubblici devono affrontare.

Raccontiamo delle storie che mettono a nudo le fragilità delle persone e delle organizzazioni pubbliche: i piccoli e grandi errori e le disfunzioni che a volte favoriscono e a volte addirittura innescano i fenomeni corruttivi. E cerchiamo di analizzare i meccanismi che possono condurre persone oneste (o non del tutto disoneste) ad innescare dinamiche di tipo corruttivo.

Anche in questo caso, vi proponiamo due casi o "real-case scenario", come dicono gli americani, che raccontiamo spesso durante i nostri incontri di formazione e che hanno come scenario i contratti pubblici, materia assai controversa e spesso indomabile. Ci serviranno per prendere le misure al "conflitto di interessi".

CASO 1

"Carlo Carenza e i misteri dell'informatica"

La Rubacqua SpA è una piccola società in house, controllata al 100% dalla Pubblica Amministrazione, che si occupa di gestione della rete idrica di numerosi Comuni della Val Secca. La società è soggetta al codice degli appalti ed ha affidato il servizio di assistenza alla rete informatica aziendale alla BIT Srl, una azienda informatica di proprietà del signor Bruno Bit.

Il servizio è stato prorogato per molti anni in spregio a qualunque regola del codice degli appalti. Ed è venuto finalmente il momento di fare una nuova gara. Tutti i dipendenti della Rubacqua Spa, tuttavia, sperano ardentemente che la BIT Srl non venga rimpiazzata da un'altra azienda, perché la società lavora davvero molto bene. Anche il Direttore Generale è di questo parere: "Una volta tanto che troviamo un fornitore decente, dobbiamo tenercelo!"

Ennio Esatto, il RUP che dovrebbe gestire la gara, durante gli anni ha sviluppato una relazione di amicizia con Bruno Bit. I due si vedono spesso con le rispettive famiglie e Bruno Bit lo aiuta, quando ha dei problemi con il computer di casa!

Ennio Esatto si confronta con la sua dirigente, la dott.ssa Chiara Fonte, che è l'unica dirigente della Rubacqua Spa e che svolge anche il ruolo di Responsabile di Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (RPCT). E la La dottoressa Fonte non ha dubbi: "Sei in una situazione di conflitto di interessi! Non puoi seguire tu la procedura di gara e ti dobbiamo sostituire con qualcun altro".

Purtroppo, la Rubacqua Spa ha poco personale amministrativo ed è difficile trovare chi sostituisca Ennio Esatto, che ha sempre gestito gli acquisti della società e che conosce ormai a memoria tutti i 220 articoli e i 25 allegati del Codice degli appalti! Alla fine, la scelta ricade su Carlo Carenza, che non capisce nulla di informatica, ma è una persona di specchiata onestà e non ha alcun collegamento con la BIT Srl. Carenza decide subito di indire una procedura di gara aperta, per garantire la massima partecipazione a tutti gli operatori economici, ma non sa proprio cosa scrivere nel capitolato. Perché, come abbiamo detto, l'informatica non è proprio il suo mestiere. Va a chiedere un consiglio al Direttore Generale, che però non è di grande aiuto: "Io ne so quanto te! Prova a copiare il vecchio capitolato!"

Purtroppo, a furia di proroghe, il vecchio capitolato ha ormai dieci anni e le sue specifiche tecniche sono certamente obsolete. Carenza vorrebbe chiedere aiuto a Ennio Esatto, ma la RPCT è irremovibile: "Ennio Esatto è in conflitto di interessi e non può intervenire in alcun modo nella gestione della procedura di gara!"

Il povero Carlo Carenza maledice il giorno in cui ha accettato di fare il RUP per la gara dei servizi informatici. Che lui in fondo ritiene abbastanza inutile: perché fare una gara, quando il fornitore va bene a tutti e nessuno lo vorrebbe cambiare?

Alla fine, Carenza decide di chiamare Bruno Bit, per chiedergli cosa deve scrivere nel capitolato: "io non ci capisco niente" dice al telefono "per me l'informatica è un mistero impenetrabile! Chi meglio di te, che lavori così bene, può aiutarci a scrivere un capitolato decente?"

Bruno Bit ha qualche dubbio: "Va bene, ma stiamo attenti! Non ho voglia di finire in galera!"

Carlo Carenza non sa che il telefono di Bruno Bit è intercettato: la polizia postale, infatti, sospetta che il titolare della BIT Srl sia parte di una associazione a delinquere, finalizzata a realizzare delle truffe on-line.

Alcuni mesi dopo, quando finisce agli arresti domiciliari con l'accusa di abuso d'ufficio (art. 323 del Codice Penale) e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-bis del Codice Penale) Carlo Carenza è incredulo: "ho solo fatto gli interessi della Rubacqua SpA! La BIT era la migliore azienda sul mercato ... nessuno voleva che cambiassi fornitore!"

La RPCT, la dott.ssa Chiara Fonte, invece, è irritata: "O hanno conflitti di interessi, oppure sono disonesti ... Qui alla Rubacqua Spa non mi posso più fidare di nessuno!!!"

CASO 2:

Sottopasso con piscina ...

Il Comune di Transito era un piccolo agglomerato urbano della pianura padana, con un passato agricolo spazzato via dallo sviluppo del settore logistico. Da quando in una città vicino a Transito era sorto un Interporto, nelle campagne attorno al paese le casine e i trattori avevano lasciato il posto ai capannoni e ai Tir. E nei campi, confusi tra le piante di mais, gli spaventapasseri sembravano gli ultimi abitanti di una civiltà al tramonto. Tutti i cambiamenti avvenuti nelle campagne si riflettevano sul Comune di Transito e soprattutto sulla sua viabilità. Il paese non aveva una circinnallazione e quindi i mezzi pesanti lo attraversavano, portandosi via ogni tanto il balcone di qualche casa. Ma il problema maggiore era la ferrovia, che divideva in due il centro abitato, e il passaggio a livello, che veniva abbassato per consentire il passaggio dei treni.

La stazione di Transito, un tempo sonnecchiante scalo di provincia, era infatti diventata uno snodo strategico per il trasporto delle merci su rotaia. A qualunque ora lunghissimi treni sferraglianti attraversavano il paese, obbligando gli automobilisti ad interminabili soste davanti al passaggio a livello chiuso. Per risolvere questo problema, il Comune decise di costruire un sottopasso che, andando sotto il piano stradale, avrebbe consentito di eliminare il passaggio a livello. La costruzione del sottopasso era uno dei punti qualificanti del Programma di Mandato del nuovo sindaco, Piero De Ponti.

La costruzione del sottopasso divenne uno degli obiettivi assegnati al responsabile dell'ufficio tecnico del Comune di Transito, il geometra Tommaso Tombino, che lavorò alcuni anni per gestire le diverse fasi di programmazione e progettazione ed affidamento dell'opera pubblica. Alla fine, per la gioia del sindaco e dei cittadini, la costruzione del sottopasso fu affidata all'impresa edile "Eredi di Primo Crollo" ed i lavori iniziarono con grande eco sulla stampa locale.

Ma l'entusiasmo ben presto si spese, sostituito dalla difficoltosa routine dell'esecuzione dei lavori. La "Eredi di Primo Crollo" lavorava a rilento e alcune esecuzioni non erano conformi al progetto. Dopo numerose contestazioni, quando l'impresa emise un SAL (Stato di Avanzamento Lavori), Tommaso Tombino minacciò di non autorizzare il pagamento della fattura!

L'azienda, come spesso accade nei piccoli Comuni, si rivolse allora direttamente al Sindaco De Ponti, che convocò Tommaso Tombino per avere dei chiarimenti: "Ma cosa state combinando voi dell'Ufficio Tecnico! Se non pagate la fattura alla "Eredi di Primo Crollo" quelli non possono pagare gli operai, bloccano il cantiere e ... addio sottopasso!"

Tommaso Tombino non si scompose ed illustrò le sue ragioni: "Non possiamo pagare lavori che non siano fatti a regola d'arte. Spendere bene i soldi del Comune, che sono soldi di tutti, è il nostro primo dovere".

"Non cercare di insegnare a me quali sono i nostri doveri! Sono un ex Carabiniere!" tuonò il Sindaco De Ponti "Il compito di un Comune è garantire i diritti dei cittadini! E i cittadini di Transito avranno pure il diritto di poter circolare per il Paese con le loro automobili, anziché rimanere ore fermi al passaggio a livello, aspettando che arrivi un treno merci arrugginito! Fino a prova contraria, io fornisco gli indirizzi e voi li attuate ... e il mio indirizzo è che i lavori devono essere finiti il prima possibile!!!"

Tommaso Tombino tornò nel suo ufficio e cercò di capire cosa fare. Cioè, lui sapeva benissimo cosa fare, ma non se la sentiva di bloccare i lavori. Avrebbe avuto contro tutti: il sindaco, l'impresa e i cittadini ... Insomma, alla fine la fattura fu pagata e così anche le successive. Per recuperare i ritardi nell'esecuzione, si approvarono delle varianti, che modificavano l'inclinazione e la profondità del sottopasso. Lavorando forse con troppa fretta (e certamente con ormai pochi controlli da parte del Comune) la "Eredi di Primo Crollo" riuscì a completare l'opera quasi nei tempi previsti.

Il giorno dell'inaugurazione, il sindaco De Ponti attraversò orgoglioso il sottopasso con la sua automobile. Ma riuscì ad arrivare dall'altra parte solo perché, per sua fortuna, non pioveva. La "Eredi di Primo Crollo", infatti, non aveva realizzato correttamente i canali di scolo dell'acqua piovana. Il primo acquazzone avrebbe potuto trasformare il sottopasso in una piscina. Ma nessuno lo sapeva (o voleva saperlo) in quella calda giornata di sole ...

La tragedia si consumò a novembre di quello stesso anno. Il sottopasso si era già allagato un paio di volte durante l'estate. Ma la Polizia Locale era riuscita ad intervenire, chiudendolo e deviando il traffico. Quella sera, invece, si mise a piovere d'improvviso e talmente forte che il sottopasso si riempì d'acqua in pochi minuti: "Un evento atmosferico di eccezionale gravità! Una bomba d'acqua!", così fece scattare l'allarme, il Sindaco che si mise a pregare.

Purtroppo, però, un uomo, che stava tornando a casa dal lavoro, forse per distrazione, non si accorse dell'acqua e la sua automobile rimase intrappolata in mezzo al sottopasso. Morì annegato.

Tommaso Tombino andò al suo funerale. rimanendo in disparte, quasi nascosto dietro un confessionale in fondo alla chiesa. Vide la moglie dell'uomo annegato, i suoi tre figli, i suoi amici. E pianse.

Le linee Guida ANAC per la gestione dei conflitti di interessi negli appalti pubblici

I due casi che vi abbiamo proposto raccontano due storie di conflitto di interessi nelle procedure di gestione degli appalti pubblici. Solitamente, quando si pensa al conflitto di interessi negli appalti, l'attenzione si concentra alla fase di affidamento e sui conflitti di interessi che possono coinvolgere i componenti della commissione di gara e i loro amici o parenti. I nostri due casi invece prendono in considerazione la fase di progettazione della gara e la fase di esecuzione. E mettono in scena conflitti di interessi che non coinvolgono la sfera privata dei dipendenti pubblici e che potrebbero, in certi casi, passare inosservati.

Per questo motivo, i due casi devono essere attentamente analizzati e decodificati. Per fare questo, però, dobbiamo prima introdurre una serie di concetti e soprattutto capire cos'è un conflitto di interessi.

L'art. 42 del Codice degli appalti

Il 19 ottobre 2018 l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha pubblicato sul proprio sito *internet* uno schema di linee guida (1) finalizzate a supportare le stazioni appaltanti nell'attività di individuazione e gestione dei conflitti di interessi nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, secondo quanto previsto dall'art. 42 del Codice degli appalti:

1. Le stazioni appaltanti prevedono 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.
2. Si ha conflitto d'interesse 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, 62.

Individuare, prevenire e risolvere. Quindi, il conflitto di interessi non è esclusivamente un problema individuale degli agenti pubblici coinvolti nelle procedure di gara che saranno chiamati ad eseguire valutazioni più consapevoli e complesse, ma anche una responsabilità dell'organizzazione, che sarà chiamata, a sua volta, a pianificare ed applicare misure di emersione e gestione dei conflitti di interessi lungo tutto il ciclo di vita del processo organizzativo.

Un approccio "risk based" + "ethics based"

Quando le linee guida di ANAC, che attualmente sono state sottoposte al vaglio del Consiglio di Stato,

entreranno in vigore, le stazioni appaltanti saranno chiamate ad effettuare una valutazione *ex ante* del rischio di conflitti di interessi e promuovere percorsi di formazione del personale. In buona sostanza, saranno chiamate ad operare secondo un approccio alla prevenzione del rischio e, allo stesso tempo, formare il proprio personale e chiunque intervenga nel processo al fine di migliorare la capacità individuale di riconoscere e gestire i conflitti di interessi. L'attività di formazione, obbligatoria, dovrà interessare tutto il personale coinvolto nella gestione delle procedure di appalto, in stretto collegamento con le attività di prevenzione della corruzione:

- 12.1 Le stazioni appaltanti, nell'ambito dell'attività formativa obbligatoria dei propri dipendenti, dovrebbero intraprendere adeguate iniziative per dare conoscenza al personale dell'obbligo di astensione, delle conseguenze scaturenti dalla sua violazione e dei comportamenti da seguire in caso di conflitto di interesse.
- 12.2 Con riferimento ai dirigenti e ai titolari di posizioni organizzative o di funzioni di coordinamento, le stazioni appaltanti dovrebbero condurre un'azione di sensibilizzazione sugli obblighi di vigilanza e controllo sull'assenza di conflitti di interesse in capo ai dipendenti.
- 12.3 L'attività formativa può essere prevista nell'ambito delle iniziative di formazione contemplate nel Piano triennale per la prevenzione della corruzione e nel Piano triennale della formazione.

Anche l'attività di valutazione del rischio dovrà essere svolta in stretto collegamento con la programmazione delle misure di prevenzione della corruzione: le stazioni appaltanti tenute al rispetto della legge 6

novembre 2012, n. 190 dovranno includere tale valutazione nei propri Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (PTPC), nell'area di rischio "contratti pubblici".

(1) <http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Comunicazione/>

ConsultazioniOnline/2018/DOCUMENTO%20DI%20CONSULTAZIONE.pdf.

Ma quali sono i conflitti di interessi, che devono essere tenuti in considerazione ai fini della valutazione dei rischi? La risposta a questa domanda dipende in gran parte dal modo in cui si definisce il conflitto di interessi.

Il conflitto di interessi è una situazione in cui un interesse secondario (finanziario o non finanziario) di un agente pubblico tende ad interferire con l'interesse primario dell'amministrazione verso cui l'agente ha precisi doveri e responsabilità.

Il conflitto di interessi è una situazione, uno “stato di cose” particolare, che si instaura tra l'agente pubblico, gli interessi della sua sfera privata e le attività o le decisioni che l'agente pubblico deve gestire nell'interesse della stazione appaltante. La definizione di Thompson è ristretta ai conflitti di interessi attuali, cioè quelle situazioni che si verificano in relazione ai doveri e alle responsabilità dell'agente pubblico nel momento in cui viene effettuata la valutazione.

Visto da questa prospettiva, il rischio di conflitto di interessi è associato a determinati “scenari” o situazioni e non a comportamenti, perché i comportamenti che l'agente pubblico potrebbe mettere in atto, per favorire il proprio interesse secondario a discapito dell'interesse primario, rientrano già nella casistica del rischio di corruzione.

Tuttavia, esistono altre categorizzazioni del conflitto di interessi che sono meno chiare e che potrebbero rendere meno facile valutare il rischio di conflitto di interessi.

Attuale, potenziale, apparente, diretto e indiretto: i tanti volti di un solo fenomeno?

Una definizione alquanto complicata di conflitto di interessi è contenuta nelle “Linee Guida per l'adozione dei Codici di comportamento negli enti del SSN”, approvate il 20 settembre 2016, da ANAC, Ministero della Salute e AGENAS. In questo documento, vengono identificate ben 5 tipologie di conflitto di interessi:

- 1) Conflitto di interessi attuale, che è presente al momento dell'azione o decisione dell'agente pubblico;
- 2) Conflitto di interessi potenziale, che potrà diventare attuale in un momento successivo;
- 3) Conflitto di interessi apparente, che può essere percepito dall'esterno come tale;
- 4) Conflitto di interessi diretto, che comporta il soddisfacimento di un interesse dell'agente pubblico;
- 5) Conflitto di interessi indiretto, che attiene a entità o individui diversi dall'agente pubblico.

La definizione a nostro parere più semplice e corretta di conflitto di interessi è stata elaborata negli anni '90 del secolo scorso da D.F. Thompson (2):

Questa catalogazione fa riferimento ad una serie di coordinate (presente/futuro, interno/esterno, agente pubblico/altri soggetti) che non sono sempre facili da definire in modo oggettivo. Il risultato è che in molti casi diventa difficile distinguere tra di loro le diverse tipologie di conflitto. E capire quali tipi di conflitto sono più pericolosi.

In teoria, un conflitto di interessi *diretto* e *attuale* dovrebbe essere più rischioso di un conflitto di interessi *potenziale* e *indiretto*. Ma non sempre è così. Per capirlo, basta fare un semplice esempio.

Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem

Immaginate una situazione di questo genere:

- La dottoressa Barbara Braccata lavora presso il Provveditorato di una ASL e si occupa di appalti.
- Suo marito è un libero professionista e lavora saltuariamente come tecnico presso un'azienda che produce dispositivi medici.
- L'azienda dove lavora il marito della dottoressa Braccata non ha mai partecipato a gare indette dalla ASL.

In quale situazione si trova la dottoressa Braccata? Dovrebbe segnalare la sua situazione di conflitto di interessi? La ASL dovrebbe prendere in considerazione la sua situazione, effettuando la valutazione dei rischi? Secondo noi, sì. Questa situazione non dovrebbe essere tenuta nascosta dalla dottoressa Braccata alla sua Azienda. Tuttavia, in quale tipo di conflitto di interessi è incappata la dottoressa?

L'azienda che produce dispositivi medici non ha mai partecipato a gare indette dalla ASL e il marito della dottoressa Braccata collabora saltuariamente con tale azienda. Quindi, potrebbe trattarsi di un conflitto solo potenziale. Potrebbe essere anche un conflitto di interessi apparente: degli osservatori esterni (che non dispongono di tutte le informazioni) potrebbero dubitare dell'imparzialità della dottoressa Braccata, che è moglie di un tecnico che lavora per

(2) Thompson DF (1993) *Understanding financial conflicts of interest*. N Engl J Med 329: 573-576

una azienda che produce e vende alle ASL dispositivi medici!

Ma la cosa più difficile è capire se il conflitto di interessi è diretto o indiretto. Apparentemente è indiretto: se la dottoressa Braccata dovesse favorire l'azienda con cui collabora suo marito, a trarne vantaggio potrebbe essere, appunto, suo marito. Ma fino a che punto gli interessi di un coniuge sono gli interessi di un altro? Le relazioni affettive (convivenza, coniugio), se sono davvero tali, presuppongono il farsi carico dei bisogni, degli interessi e delle aspettative del partner. Gli interessi dell'altro diventano i miei interessi ... e quindi potremmo essere in presenza di un conflitto di interessi diretto.

Appare evidente che certe categorizzazioni astratte dei conflitti di interessi vengono meno quando si valutano situazioni reali. E il conflitto di interessi della dottoressa Barbara Braccata, qualunque cosa sia, è una situazione ad alto rischio: suo marito potrebbe avere accesso ad informazioni relative alla programmazione degli acquisti della ASL o al contenuto dei bandi di gara, e utilizzare queste informazioni per avvantaggiare l'azienda privata, nella speranza di avere, come contropartita, maggiori opportunità di lavoro o una posizione di vertice ... Una corruzione che si consuma tutta nella sfera privata (e che probabilmente nessun tribunale sanzionerà mai) ma che interferisce ugualmente con il processo di affidamento e avvantaggia un operatore privato, a discapito della concorrenza.

Insomma, ciò che è rilevante non è il tipo di conflitto di interessi, ma la relazione che intercorre tra la dottoressa e suo marito: l'intensità assoluta di tale relazione (quella che, a parere dell'ordinamento, può minacciare l'indipendenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa) nonché il modo in cui marito e moglie la percepiscono e infine l'uso che il marito potrebbe fare di quella relazione e che potrebbe innescare delle interferenze nei processi in cui la dott.ssa Braccata è coinvolta.

Il filosofo Guglielmo di Ockham scriveva che "*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*": le entità non devono essere moltiplicate senza motivo. Chiaramente, la distinzione tra conflitti di interesse attuali, potenziali, apparenti, diretti e indiretti non è di alcun ausilio per una valutazione del rischio associato ai conflitti di interessi. Anche perché i conflitti di interessi, proprio in quanto situazioni che precedono i comportamenti, sono sempre qualcosa di potenziale.

Consapevolezza e responsabilità

Valutare *ex ante* il rischio di conflitto di interessi è senza dubbio un compito non facile.

In certi casi potrebbe non essere possibile rilevare un conflitto di interessi, ma solo la presenza di determinati *pattern relazionali* (3), che potrebbe generare dei conflitti. E in questi casi la formazione del personale ha un ruolo centrale, perché è il personale coinvolto nelle relazioni a rischio che deve impegnarsi ad adottare comportamenti che possono far emergere il conflitto di interessi.

Alcuni di questi *pattern relazionali* sono già messi sotto osservazione dall'ordinamento, ad esempio all'interno della lista di situazioni e relazioni contenute negli artt. 6 e 7 del codice di comportamento dei dipendenti pubblici (l'art. 7 è espressamente richiamato dall'art. 42 del Codice degli appalti). Altri *pattern relazionali*, come ad esempio, alcuni *pattern* di scambio (debito/credito relazionale) non sono del tutto "tipizzati" o "tipizzabili".

Alcune informazioni, invece, potrebbero essere già in possesso della stazione appaltante, perché ricavabili dalle autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni (relazioni di agenzia) o dalla busta paga (situazioni debitorie che comportano il pignoramento dello stipendio). Informazioni relative alle relazioni interpersonali (come il lavoro svolto dai familiari dell'agente pubblico) potrebbero essere ricavabili anche rendendo meno generiche le dichiarazioni di assenza di conflitto di interessi, che, attualmente non sono molto più che formali dichiarazioni assunte in condizione di parziale, se non totale, inconsapevolezza.

Ovviamente, l'uso delle informazioni fornite dai dipendenti o dai collaboratori deve essere sempre motivato, e concordato dal RPCT con il Titolare del trattamento dei dati e il DPO!

Gli interessi primari

Fino a questo momento ci siamo concentrati sugli interessi secondari. Ma anche gli interessi primari, cioè gli interessi del Principale Pubblico, possono essere coinvolti all'interno delle situazioni a rischio. C'è un passaggio delle Linee Guida di ANAC che sta già sollevando un certo dibattito. Il paragrafo 2.2. del documento originariamente posto in consultazione, recitava quanto segue:

(3) Un *pattern* relazionale è un "modello" o "schema ricorrente" e caratterizza la dinamica tipica di una relazione.

Il conflitto di interesse può manifestarsi anche direttamente in capo alla stazione appaltante, come avviene, ad esempio, nell'ipotesi in cui tra la stessa e un concorrente esista un rapporto di controllo o collegamento ex articolo 2359 del codice civile.

Questo paragrafo avrebbe introdotto un nuovo tipo di conflitto di interessi, che secondo noi è cruciale: il conflitto di interessi delle organizzazioni, che è qualcosa di molto diverso dai conflitti di interessi delle persone che agiscono dentro le organizzazioni. Noi lo chiamiamo il conflitto di interessi del Principale Pubblico (4).

Tuttavia, come spiegato dalla stessa ANAC nella relazione illustrativa delle Linee Guida inviata al Consiglio di Stato, la giurisprudenza non è concorde nel riconoscere l'esistenza di un conflitto di interessi che si manifesta direttamente in capo alla stazione appaltante:

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. [...] 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)

Alla luce di queste osservazioni, ANAC ha deciso di modificare il contenuto delle linee guida, nel modo seguente (5):

2.3 L'interesse personale dell'agente, che potrebbe porsi in contrasto con l'interesse pubblico alla scelta del miglior offerente, può essere di natura finanziaria, economica o dettato da particolari legami di parentela, affinità, convivenza o frequentazione abituale con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa.
2.4 L'interesse personale dell'agente di cui al precedente punto 2.3 può derivare anche dalla situazione di controllo o collegamento ex art. 2359 del codice civile sussistente tra la stazione appaltante e la società concorrente. [...]

Noi non siamo dei fini giuristi e quindi non possiamo che ritenere motivata la modifica apportata da ANAC. Tuttavia, la prima formulazione delle linee guida coglieva qualcosa che va perso, se si esclude la possibilità che anche le stazioni appaltanti possano trovarsi in una situazione di conflitto di interessi. Perché se ci togliamo per un attimo gli "occhiali della giurisprudenza" e indossiamo quelli della valutazione del rischio, ci apparirà evidente che le stazioni appaltanti sono sempre e sistematicamente in conflitto di interessi e che questo conflitto è rischioso tanto quanto il conflitto degli agenti pubblici, che operano dentro le stazioni appaltanti.

Solo che non si tratta di un conflitto tra interessi primari e secondari, ma di un conflitto tra interessi primari! Nella gestione degli appalti pubblici l'interesse primario all'imparzialità, cioè, dell'equidistanza tra interessi, entra molto spesso in conflitto con

l'interesse primario al "buon andamento", cioè, all'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa. E questo conflitto "tra giganti" (cioè tra gli interessi primari) finisce spesso per favorire degli interessi secondari e si conclude sempre con la rovinosa caduta del primo o del secondo interesse primario, come, purtroppo, i due casi iniziali dimostrano.

Se, come ha deciso ANAC, restringiamo la valutazione del rischio di conflitto di interessi alla sola sfera privata degli agenti pubblici, potremmo non riuscire a cogliere certi rischi che sono molto concreti e che spesso conducono funzionari e politici davanti al giudice penale. Come nel caso di quel tal Sindaco di un Comune della Lombardia, condannato in primo grado a dieci mesi di reclusione con l'accusa di turbativa d'asta, per avere anticipato ad un componente del Consiglio di Amministrazione di una Società controllata dal suo Comune la bozza di un bando

(4) "L'azzardo morale del Principale: prevenire la corruzione nelle società e negli enti privati controllati dalla pubblica amministrazione" <https://spazioetico.com/2018/04/19/lazzardo-morale-del-principale-prevenire-la-corruzione-nelle-societa-e-negli-enti-privati-controllati-dalla-pubblica-amministrazione/>

(5) Nella versione delle Linee Guida inviata al Consiglio di Stato, l'ordine dei paragrafi è differente rispetto alla versione posta in consultazione e il paragrafo 2.2 è diventato il paragrafo 2.4. <http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Comunicazione/ConsultazioneOnLine/2018/Schema.Rel.LineeGuida.Conflitto.interessi.inviata.CdS.pdf>.

per l'affidamento della gestione delle piscine comunali. Bando che era stato anche modificato in alcuni punti, per favorire la Società controllata del Comune a discapito di altri concorrenti.

Il Giudice, che ha scritto 109 pagine per motivare la propria sentenza, ha sottolineato che non è "assolutamente ammissibile alcuna generica o specifica ingerenza, o anche solo interferenza, da parte di soggetti estranei all'amministrazione comunale nella procedura di scelta, indizione, elaborazione o esecuzione della gara", ma ha anche escluso che il Sindaco fosse mosso da interessi personali: la gestione

delle piscine affidata alla Società controllata, come voleva il Sindaco, sarebbe stata soddisfacente "non solo per gli interessi economici privati in gioco ma anche per l'interesse pubblico alla realizzazione del miglior servizio possibile in beneficio dei cittadini".

Analisi dei casi

Torniamo adesso a considerare i due casi iniziali e cerchiamo di analizzare i meccanismi, cioè le interazioni tra gli interessi, che hanno influenzato i protagonisti.

La dottoressa Chiara Fonte e il geometra Tommaso Tombino, si trovano insieme ad un corso di formazione sugli appalti. Raccontando l'un l'altro la loro triste storia riflettono su alcuni elementi che non tornano. La RPCT Chiara Fonte afferma: "Io ho fatto tutto quello che le Linee Guida ANAC prescrivono. Ho invitato il RUP, il dottor Ennio Esatto, ad astenersi ed ho fatto in modo che non esercitasse alcun influenzamento, chiedendo al dottor Carenza di non scambiare con lui nemmeno le informazioni utili a confezionare un buon disciplinare. In questo modo ho promosso l'interesse dell'amministrazione all'imparzialità, cioè all'equidistanza da tutti gli interessi in potenziale competizione". E Tombino, dall'altra parte, risponde: "Ed io ho semplicemente eseguito il volere di tutti. La realizzazione di quel sottopasso era l'unica cosa che contava. In questo modo ho promosso l'interesse dell'amministrazione al buon andamento, cioè all'efficacia dell'azione".

Ma cosa è sfuggito in queste due amare vicende?

Il **primo caso**, gestito in maniera formalmente corretta dalla dottoressa Chiara Fonte presentava un conflitto tra interessi primari che è stato risolto dal particolare "clima organizzativo" che in quella amministrazione si era venuto a creare nei confronti del fornitore.

Anche il **secondo caso**, gestito in maniera sciaguratamente irresponsabile dal dottor Tombino, tanto che ci ha rimesso la vita un pover'uomo, presentava un conflitto tra interessi primari, l'interesse degli amministratori a "mantenere una promessa elettorale" contro l'interesse della comunità locale alla sicurezza.

In entrambi i casi, accanto al conflitto tra interessi primari, abbiamo una convergenza tra interessi primari e secondari, dal momento che tutte le componenti in gioco hanno avuto qualcosa da guadagnare. Ad esempio, nel primo caso Bruno Bit ha l'interesse a fidelizzare il committente, mentre i dipendenti della società ad avere un fornitore affidabile. Gli interessi secondari si alleano con l'interesse primario a far funzionare la macchina amministrativa e, insieme, decretano la fine dell'interesse primario all'imparzialità. La foglia di fico dell'astensione del primo RUP, Ennio Esatto, è servita alla RPCT per salvare le apparenze.

Nel secondo caso, convergono gli interessi dei cittadini del Paese di Transito, dimezzato dalla ferrovia, con gli interessi degli amministratori a consolidare consenso elettorale, nonché l'interesse della ditta "Eredi di Primo Crollo" a portare a termine il lavoro nonostante tutto.

In entrambi i casi i conflitti e le convergenze si agitano nella più totale inconsapevolezza sia degli agenti che delle amministrazioni. E il dovere di segnalazione e l'obbligo di astensione, sanciti dall'art. 6 e dall'art. 7 del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, da soli non bastano per gestire queste situazioni. Al di là dell'aspetto formale, infatti, la segnalazione e l'astensione assumono il carattere di un'assunzione di responsabilità reale solo se accompagnate da una buona dose di consapevolezza e di impegno. Perché il conflitto di interessi, come abbiamo visto, si rapporta ad una situazione che comincia ben prima dell'emersione di un conflitto: gli interessi prendono vita dalla modificazione delle condizioni del contesto di vita personale o professionale di un individuo e dalle sue relazioni.

Conclusioni

Le relazioni sensibili non sono situazioni da sanzionare, né tantomeno, a volte è necessario segnalare situazioni del tutto generiche e astratte. Questo significherebbe ingessare l'attività amministrativa. Piuttosto, le organizzazioni dovrebbero accompagnare i propri dipendenti, lungo l'intero ciclo del processo di acquisizione di beni e servizi, e tenere sotto osservazione le loro relazioni sensibili; ad esempio, monitorando:

- l'attivazione, la trasformazione e la tossificazione delle relazioni sensibili, alcune delle quali devono essere fatte emergere e gestite;
- la "narrazione" e percezione degli interessi primari;

- gli scenari futuri che si potrebbero generare dando vita ad un conflitto di interessi;
- la capacità delle *leadership* (tecnica e politica) di valutare e gestire il conflitto di interessi dei propri collaboratori.

Siamo certi che il lettore concorderà con noi che di situazioni di conflitto o di convergenza di interessi, come quelle che abbiamo presentato in questo

articolo, sono pieni gli uffici delle nostre amministrazioni.

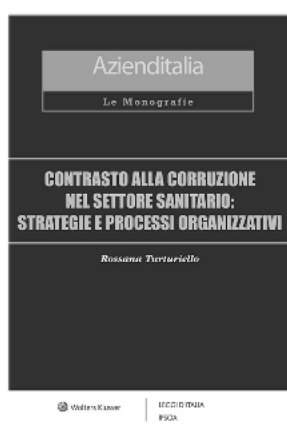
Sono conflitti e convergenze davvero ineludibili. Ed è su come governare questi conflitti e convergenze che si dovrebbero spendere Linee Guida e Pareri, dal momento che sono le situazioni che, generando cattiva amministrazione (o *mala gestio*), fanno esplodere il rischio di corruzione.

E-BOOK

COLLANA: Azienditalia - Le monografie

Contrasto alla corruzione nel settore sanitario: strategie e processi organizzativi

di Rossana Turturiello



L'e-book tratta del quadro normativo in materia di anticorruzione e trasparenza applicato al settore sanitario – evidenziando lacune normative e criticità determinate da un mancato coordinamento con la normativa di settore –, delle misure di prevenzione ex *legge n. 190/2012* da attuarsi all'interno dell'Ente sanitario, degli adempimenti in materia di trasparenza alla luce delle riforme che si sono succedute nel tempo, degli strumenti per orientare gli Enti sanitari nella corretta predisposizione degli atti richiesti dalla normativa anticorruzione, senza perdere di vista la disciplina che, a monte, già regola il settore sanitario.

Articolato in 3 capitoli dedicati nell'ordine all'**inquadramento generale della normativa**, all'**approfondimento della Legge n. 190/2012**, nella sua parte "preventiva", con la descrizione delle misure di pre-

venzione e delle azioni concrete che ciascun Ente è tenuto ad intraprendere per fronteggiare il problema della corruzione - rotazione del personale nelle strutture sanitarie, nomine di vertice, acquisti in sanità, etc.-, ai **decreti attuativi della Legge n. 190/2012**, l'e-book è **completato dalla modulistica personalizzabile** per orientare l'Ente nell'attuazione della normativa anticorruzione.

Wolters Kluwer, settembre 2018
pagg. 160, Euro 18+IVA
Codice e-book: 00230533
ISBN (ebook): 978-88-217-6645-9

Per informazioni e acquisti
• On line www.shopwki.it