

Il conflitto di interessi dei componenti delle commissioni di gara - Criticità e conseguenze

di Simona Cocchi - Funzionario amministrativo della Corte dei conti

L'elaborato, dopo una attenta disamina delle norme cardine dell'argomento trattato, si pone l'obiettivo di evidenziare brevemente le implicazioni del conflitto di interessi nello specifico settore degli appalti pubblici con particolare riguardo alla figura dei commissari di gara e all'obbligo di dichiarazione dell'assenza di cause di incompatibilità ostative alla nomina ex art. 77, D.Lgs. n. 50/2016. Si vuole focalizzare, altresì, l'attenzione sulle contrastanti interpretazioni giurisprudenziali in merito alle conseguenze della mancata presentazione di tale dichiarazione".

Inquadramento normativo

La tematica del conflitto di interessi (1) discende dall'applicazione pratica del principio costituzionale dell'imparzialità dell'azione amministrativa, consacrato dall'art. 97, quale criterio pregnante dell'operato della Pubblica Amministrazione. Si osserva infatti, in sede pretoria, che il dovere di astensione è funzionale a tale principio e deve orientare l'interprete ad una corretta interpretazione delle situazioni sostanziali suscettibili in concreto di riflettersi negativamente sull'andamento del procedimento, anche solo di potenziale compromissione dell'imparzialità, ovvero idonee a suscitare dubbi ragionevoli e non meramente strumentali sulla percepibilità effettiva dell'imparzialità di giudizio nei destinatari dell'attività amministrativa e nei terzi.

La questione è stata affrontata dalla Legge n. 190/2012, sulla prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, che ha introdotto l'art. 6-bis della Legge n. 241/1990 dedicato alla disciplina del conflitto di interessi, non prevedendo, tuttavia, un'univoca elencazione dei suoi elementi costitutivi. Invero, l'articolo evoca il dovere di astensione sia a carico dei soggetti che svolgono ruoli decisionali che di quelli che adottano atti endoprocedimentali i quali sono tenuti a

segnalare ogni situazione di conflitto, anche potenziale. Il conflitto può essere di natura finanziaria, economica o dettato da particolari legami di parentela, affinità, convivenza a cui vanno aggiunte le ipotesi residuali attribuibili alle "gravi ragioni di convenienza" (cfr. art. 7, D.P.R. n. 62/2013) per cui si palesa l'opportunità che il funzionario pubblico si astenga dall'esercizio della funzione al fine di evitare potenziali conseguenze quali il danno all'immagine della PA nell'esercizio delle proprie funzioni, anche senza compromissione dell'interesse pubblico. Quanto detto conduce, secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza amministrativa, a ritenere sussistente il conflitto di interessi ogni volta che le decisioni che richiedono imparzialità e genuinità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto col preminente interesse pubblico al quale è preposto. La presenza di un conflitto "anche potenziale" valorizza la *ratio* del legislatore volta ad impedire ogni situazione di interferenza, rendendo "assoluto" il vincolo di astensione, a fronte di qualsiasi posizione che possa, anche in astratto, comprimere la libertà di determinazione imparziale.

Ciò anche in ragione della nuova configurazione del conflitto di interessi operata dalla Legge n. 190/2012 per la quale trattasi non più di vizio del

(1) Per un'analisi approfondita delle varie sfaccettature che assume il conflitto di interessi si rinvia al recentissimo e-book:

Andrea Ferrarini, Massimo Di Rienzo, *L'Etica delle relazioni dell'Agente pubblico*, Milano, 2020.

comportamento del dipendente di rilevanza meramente disciplinare, ma di vizio della funzione e, dunque, la valutazione dell'interprete dovrà rivolgersi, come si vedrà, alle conseguenze della mancata astensione in relazione al procedimento ed al conseguente atto amministrativo posto in essere in esecuzione della funzione attribuita.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, i principi generali della disciplina del conflitto di interessi trovano una specifica puntualizzazione con la previsione dell'art. 42 del D.Lgs. n. 50/2016 il quale delega alle stazioni appaltanti la prevenzione, il contrasto e la risoluzione di ogni ipotesi di conflitto di interesse, in ogni fase della procedura, idonea a distorcere la concorrenza e la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. Al contempo, al secondo comma, il legislatore si occupa di esplicitare la nozione di conflitto di interesse come quel tipo di interferenza da parte di una qualsiasi utilità diretta od indiretta di un soggetto appartenente alla stazione appaltante, o ad essa collegato, che possa alterare l'imparziale svolgimento della procedura di gara e, dunque, la sfera istituzionale. L'ambito soggettivo di applicazione della norma comprende dunque sia i dipendenti in senso stretto, incardinati nella stazione appaltante, sia tutti coloro che, sulla base di un valido titolo giuridico, legislativo o contrattuale, possano impegnare l'ente verso l'esterno ovvero rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività verso i terzi.

La disposizione in esame costituisce una novità nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e ciò si giustifica sol che si consideri l'esigenza di disciplinare in modo particolarmente attento il conflitto di interesse nel delicato settore della contrattualistica pubblica, maggiormente esposto al rischio di interferenze che possano falsare la concorrenza e, dunque, minare il prestigio della pubblica amministrazione.

Dall'insieme dei soggetti come sopra identificati, viene valorizzato e distinto il ruolo della commissione giudicatrice con l'espressa previsione del comma 4 dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016 ai sensi della quale i commissari non possono svolgere né possono aver svolto incarichi riferibili al contratto di cui alla procedura di gara, applicandosi agli stessi anche l'art. 42, sopra menzionato, sul conflitto di interesse. La verifica in merito a tale eventuale conflittualità viene effettuata mediante l'obbligo, per i commissari, di dichiarare, ai sensi dell'art. 77, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000, l'insussistenza delle cause di incompatibilità e di

astensione e, per le stazioni appaltanti, di verificare l'inesistenza di cause ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice prima del conferimento dell'incarico.

La valutazione della sussistenza di una situazione di incompatibilità dei membri della commissione di gara deve avvenire *ex ante* in ragione degli effetti potenzialmente distorsivi che il difetto di imparzialità potrebbe produrre in capo della situazione specifica. Con ciò si spiega la necessità della dichiarazione dei commissari nella fase antecedente la loro nomina in modo da consentire alla stazione appaltante ogni valutazione di merito in relazione agli elementi oggettivi di giudizio anche al fine di evitare che l'obbligo di astensione possa essere esteso a ipotesi e fattispecie non contemplate dalla normativa di riferimento.

Tale previsione, infatti, escludendo qualunque coinvolgimento dei commissari nella procedura di gara, vuole scongiurare qualsiasi rischio di favoritismo o arbitrarità nei compiti propri delle commissioni di gara quali, a titolo esemplificativo, la valutazione delle offerte presentate dai concorrenti; vieppiù, prescindendo dall'effettività del conflitto di interessi, mira ad anticipare la soglia di rilevanza giuridica alla mera possibilità di tali influenze. Nelle procedure ad evidenza pubblica rileva esclusivamente l'astratta adeguatezza, delle situazioni oggettive di conflitto descritte dalla norma, a rendere possibile l'adozione di una decisione non imparziale; appare, pertanto, irrilevante l'effetto concreto di una data situazione e, al contrario, rilevante l'indagine sulla sussistenza o meno delle condizioni oggettive cui la norma fa riferimento ai fini della valutazione circa l'obbligo o l'opportunità di astensione dei commissari di gara. Tuttavia, in ordine al perimetro degli obblighi di astensione, non si registra in giurisprudenza un indirizzo univoco: il Consiglio di Stato, con sentenza 3 luglio 2018, n. 4054, ha evidenziato come nella categoria generale dei "conflitti di interessi" debbano confluire i requisiti dell'attualità, della concretezza e della specificità per potersi ravvisare un obbligo di astensione derivante dalla dedotta incompatibilità. Sicché, i giudici di Palazzo Spada, con sentenza 26 aprile 2018, n. 2536, escludono la sussistenza dell'incompatibilità, in relazione ad una attività di collaborazione svolta da uno dei commissari nei confronti di una impresa partecipante alla gara, in quanto pacificamente cessata due anni prima della gara stessa, con il relativo rapporto economico anch'esso esauritosi a distanza di qualche mese dall'interruzione dell'attività e con l'integrale pagamento delle competenze a lui dovute.

Criticità

Le principali problematiche che si sono poste all'attenzione dell'interprete riguardano l'individuazione delle situazioni di incompatibilità nei casi concreti considerata la genericità del concetto di "conflitto di interessi".

In primis, occorre evidenziare la non necessaria coincidenza tra conflitto e corruzione, nonostante l'introduzione dell'art. 6-bis della Legge n. 241/1990 sia avvenuto ad opera della Legge n. 190/2012, essendo il conflitto di interessi ontologicamente distinto dalle condotte attive di abuso che identificano il fenomeno corruttivo.

Invero, la corruzione prevede solitamente l'accordo tra almeno due soggetti ed un pagamento od una qualche utilità giustificativa dell'accordo illecito mentre il conflitto di interessi nasce con l'opportunità di anteporre un interesse meramente privato alla tutela dell'interesse pubblico e, dunque, opera indipendentemente dal concretizzarsi del vantaggio.

"Il conflitto di interessi non consiste quindi in comportamenti dannosi per l'interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno. L'essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione sono due aspetti distinti." (Cons. Stato, parere n. 667/19).

Per la configurazione del conflitto di interessi bisogna tener conto sia di utilità materiali che immateriali, patrimoniali e non, purché riconducibili al soggetto preposto a quella determinata funzione pubblica che verrebbe compromessa dal soddisfacimento dell'interesse privato del soggetto o di terzi.

Al fine di ricomprendere nello spettro dei possibili conflitti di interesse quante più situazioni possibili, il legislatore ha previsto, accanto a situazioni tipizzate, un richiamo a situazioni non tipizzate con le locuzioni "potenziale" e "gravi ragioni di convenienza" che conducono, altresì, all'obbligo di astensione (cfr. art. 7, D.P.R. n. 62/2013). Le situazioni rientranti in tali definizioni non possano essere individuate con riferimento a un numero aperto, indeterminato e indefinito di rapporti del soggetto ma devono essere indagate alla luce della loro potenzialità relativamente all'insorgenza di rapporti di favore, non indipendenti e non imparziali.

Tuttavia, la genericità delle locuzioni previste dalla norma, impongono all'organo amministrativo un giudizio di ragionevolezza dovendosi configurare delle ipotesi di conflitto di interessi con obbligo di astensione solo quando il soggetto si trovi in una posizione personale e/o abbia relazioni con terzi che

possono, anche astrattamente, inquinare l'imparzialità dell'azione amministrativa.

In tal senso, il compito demandato alle stazioni appaltanti è di notevole impatto giacché a loro spetta, per espressa disposizione di legge, un intervento attivo volto alla individuazione, prevenzione e risoluzione delle situazioni idonee ad influenzare la procedura di gara; vieppiù, il codice dei contratti pubblici enfatizza il fatto che la situazione possa essere percepita come una minaccia alla imparzialità e al buon andamento dell'agere amministrativo con ciò sottolineando l'obiettivo della tutela dell'interesse anche immateriale della P.A.

Le situazioni tipizzate sussistono 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; quelle non tipizzate richiedono uno sforzo ermeneutico di interpretazione dell'aggettivo "potenziale" nonché dalla declinazione del concetto di "interesse personale" e di "gravi ragioni di convenienza" come sopra esaminate. Particolare attenzione deve prestarsi, come sopra accennato, alle ipotesi di conflitto di interessi relative ai commissari di gara e alla dichiarazione di insussistenza di cause di incompatibilità ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice per lo specifico ruolo rivestito nella procedura di gara.

Proprio in ragione di tale ruolo, la norma stabilisce delle previsioni specifiche e stringenti, per i commissari di gara, sul contenuto della dichiarazione che deve riguardare i casi, descritti nel comma 4 dell'art. 77, di incompatibilità con l'incarico da assumere nonché l'assenza di sentenze di condanna per reati contro la PA e di situazioni di conflitto di interessi, descritti dal comma 4 del medesimo articolo, e l'assenza dei casi *ex art.* 51 c.p.c.

Il legislatore ha evidenziato, in particolare, la necessità di una specifica valutazione in merito alle concrete attività svolte in precedenza dai commissari, allo scopo di verificarne la rilevanza ai fini dell'applicazione degli artt. 42 e 77 del D.Lgs. n. 50/2016, in quanto non deve trattarsi di attività collegate all'affidamento oggetto della procedura. Trattasi, in buona sostanza, di un divieto disposto al fine di prevenire possibili disfunzioni e collusioni date dalla commistione dei ruoli e con lo scopo di recidere

ogni legame tra l'incarico di commissario e l'appartenenza alle amministrazioni aggiudicatrici, fermo restando l'onere di verifica a carico della stazione appaltante.

Sul tema, l'ANAC, con la Linea Guida n. 5/2016, ha previsto che la stazione appaltante debba contemperare le esigenze di contenimento dei tempi e dei costi, insite nella scelta di commissari, con quelle di imparzialità, qualità degli affidamenti e prevenzione della corruzione alla base dell'art. 77 del Codice dei Contratti Pubblici. Viene precisato, altresì, che la dichiarazione prevista al comma 9 del medesimo articolo, debba persistere per tutta la durata dell'incarico e che, al fine di assicurare che il conferimento degli incarichi attinenti alla procedura di gara sia effettuato in assenza di conflitti di interessi, la nomina sia subordinata all'acquisizione di tale dichiarazione.

Con la Linea Guida n. 15/2019, altresì, esercitando il potere regolatorio che gli è proprio, si è occupata delle definizioni del conflitto di interesse nella materia dei contratti pubblici con la previsione di specifiche situazioni di rischio nelle varie fasi della procedura ed individuando i singoli soggetti potenzialmente coinvolti.

Casi pratici

Incompatibilità dei commissari

Sul tema delle incompatibilità dei commissari delle procedure di gara, la giurisprudenza amministrativa ha ripetutamente evidenziato che la disciplina in materia mira a tutelare massimamente i principi di trasparenza e di imparzialità con il fine di scongiurare il verificarsi, nelle gare pubbliche, di fenomeni distortivi della *par condicio* e di una sana concorrenza tra gli operatori economici.

Ciò posto, l'ipotesi più interessante per gli effetti che ne conseguono è costituita dalla mancata allegazione da parte del commissario della dichiarazione ex art. 77, comma 9 del Codice dei Contratti Pubblici, sia nel senso di dichiarare l'assenza di cause di incompatibilità che nel senso positivo di dichiararle esistenti. Sul punto, le sezioni del Consiglio di Stato che si sono espresse non hanno pareri uniformi. Per alcuni, la carenza della dichiarazione costituisce un *deficit* della procedura idoneo a travolgerla ed invocabile da qualunque concorrente che ne venga a conoscenza; secondo altri, al contrario, occorre indagare l'esistenza di un conflitto attuale comprovato in ragione del quale l'assenza della dichiarazione si pone come idonea a travolgere l'intera procedura di gara. In quest'ultimo caso, infatti, il mero vizio formale risulterebbe superabile ex art. 21-*octies*, Legge n. 241/1990

sul presupposto che anche se la dichiarazione fosse stata presentata, nulla sarebbe cambiato in punto di incompatibilità.

Secondo i dettami della prima interpretazione, dunque, si sarebbe in presenza di una patologia col conseguente annullamento degli atti, ai quali ha partecipato il commissario in conflitto che non si è astenuto, e, dunque, dell'intera procedura. Ne seguono due eventualità:

- se l'annullamento viene chiesto dal concorrente che, anche in caso di esito positivo, non potrebbe diventare l'aggiudicatario, non verrà disposto il risarcimento del danno in suo favore in quanto tale risarcimento in forma specifica è legato al travolgimento della procedura;

- se, al contrario, l'annullamento viene chiesto da colui che diventerebbe l'aggiudicatario, in ipotesi vittoriosa, non verrà comunque disposto il risarcimento del danno in quanto il nuovo aggiudicatario avrebbe ottenuto il bene della vita a cui aspirava.

Composizione della commissione

Accertata, dunque, l'incompatibilità di un commissario dopo l'avvenuto espletamento di alcune attività da parte della commissione di gara, si pone la questione della composizione della commissione. Sul punto, il Consiglio di Stato (sez. III, 6 agosto 2018, n. 4830; sez. III, 7 novembre 2018, n. 6299) ha affermato la necessità di sostituire non soltanto il commissario incompatibile, ma anche tutti gli altri componenti della commissione secondo la considerazione che la manifestazione di volontà complessa è imputabile alla commissione nella sua interezza e, dunque, si configura il fondato rischio che il ruolo e l'attività di uno dei commissari, dichiarato incompatibile, possano aver influenzato gli altri commissari durante le operazioni di gara verso determinati esiti. Secondo una parte della dottrina, l'incompatibilità accertata travolgerebbe per illegittimità derivata tutti gli atti successivi della procedura di gara in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità non travolge gli atti. La rinnovazione della procedura non dovrebbe coinvolgere atti quali il bando di gara o il disciplinare, atteso che il vizio riscontrato riguarda esclusivamente la composizione della commissione; la rinnovazione dell'intera procedura finirebbe per pregiudicare gli interessi pubblici sottesi alla gara anche sotto il profilo dei costi amministrativi aggiuntivi.

Nel caso in cui l'annullamento stabilito in sentenza dovesse intervenire a contratto stipulato ed il secondo classificato non possa sostituirsi all'aggiudicatario, verrà invece disposto il risarcimento del danno. Tuttavia, in ogni caso, si configurerebbe un danno erariale

imputabile al commissario non astenuto che non ha prodotto la dichiarazione ed eventualmente, anche a carico dei soggetti, appartenenti alla stazione appaltante e tenuti alla verifica delle potenziali incompatibilità, per colpa in vigilando.

Le situazioni di conflitto di interessi assumono una notevole rilevanza per le gravi conseguenze giuridiche derivanti dalla omissione della dichiarazione anche in punto di responsabilità disciplinare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 16 del D.P.R. n. 62/2013, nonché penale ai sensi dell'art. 323 c.p. sull'abuso d'ufficio da parte del pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, al ricorrere di tutti gli elementi costitutivi del reato.

Può altresì configurarsi una ulteriore responsabilità penale qualora la dichiarazione sia stata invece presentata ma sia risultata mendace.

Considerazioni conclusive

All'esito di questa breve disamina, volta a dare una panoramica generale delle questioni e delle norme sottese, si può affermare che il tema del conflitto d'interessi solleva questioni di estrema importanza nel delicato settore degli appalti pubblici, massimamente esposto a fenomeni corruttivi.

La crescente personalizzazione dell'amministrazione ha comportato una crisi della centralità dell'atto nell'ambito del procedimento, ponendosi in discussione le categorie tradizionali del diritto amministrativo. Conseguentemente, occorre indagare se le sanzioni più adeguate possano essere rivolte nei confronti del soggetto più che sull'atto, il cui annullamento comporta un riesercizio del potere amministrativo con dispendio di ulteriori risorse economiche.

E-BOOK

COLLANA: Pubblica amministrazione ed Enti locali

Protezione dei dati personali e GDPR: dai precetti giuridici ai processi organizzativi

DPO e altri profili professionali - Processi e prassi - Modello operativo efficace e compliant rispetto al General Data Protection Regulation

di *Giuseppe Nucci*



L'entrata in vigore, il 25 maggio scorso, del **regolamento europeo 2016/679/UE**, Regolamento generale sulla **protezione dei dati personali (RGDP o GRDP** -secondo l'acronimo inglese-) segna una pietra miliare nello sviluppo di un quadro regolatore armonizzato a livello europeo, in uno dei settori più sensibili della **tutela dei diritti umani**, quello dei **dati personali**. Il pregio dell'e-book è quello di offrire una **guida pratica** per integrare i precetti del regolamento nei processi organizzativi in modo da fare di un obbligo di **compliance** un'occasione di rinnovo e **modernizzazione delle strutture organizzative**. L'Autore dettaglia, dapprima, con linguaggio preciso e concreto e con numerosi esempi pratici, **i principi giuridici fondamentali in materia di tutela dei dati personali** contenuti nel nuovo regolamento; analizza, poi, passo per passo, il **ruolo dei vari attori**, fa una **map-**

patura dei processi, si sofferma sui vari registri e sviluppa un **modello di integrazione** della protezione dei dati con gli altri controlli, mirato alla prevenzione e gestione dei rischi, attività che costituisce un elemento essenziale *della corporate governance*. Ciò forte della propria esperienza in materia di *audit* interno, preziosa anche nel rilevare gli stretti legami che esistono tra precetti del regolamento in materia di **responsabilizzazione delle figure apicali (accountability del titolare e del responsabile del trattamento)** e gestione del rischio.

Wolters Kluwer, luglio 2018
pagg. 162, € 24,00
Codice e-book: 00230554
ISBN (ebook): 978-88-217-6666-4

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