

# Gare pubbliche e conflitto di interessi. Il revirement del Tar Puglia

**Autore:** Monica Gallo

**In:** Giurisprudenza commentata

**Il conflitto di interessi di cui all'articolo 42, comma 2, del D.lgs. 50/2016 s.m.i. sussiste e rileva “anche con riferimento alle situazioni meramente potenziali e non necessariamente connesse all'esistenza di un concreto conseguito vantaggio competitivo e ciò in quanto la nozione di conflitto di interessi non si riferisce a comportamenti ma a stati della persona”.**

Con la recente sentenza n.1006/2019 del 15.07.2019 il Tar Puglia Bari, sezione III (Presidente FF Carlo Dibello, Consigliere estensore Giacinta Serlenga, Referendario Rosaria Palma), chiarisce portata ed ambito applicativo del **conflitto di interessi** nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 42, comma 2, del D.Lgs n. 50/2016 s.m.i. La decisione si pone in linea con l'indirizzo espresso dalla Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato, di cui al parere n. 667 del 05.03.2019, reso, in attuazione dell'articolo 213 comma 2 del D.lgs n. 50/2016 s.m.i, sulla proposta di Linee Guida aventi ad oggetto "Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di Contratti pubblici", approvate di recente con delibera n. 494/5.06.2019 e pubblicate con il n. 15/2019.

Il Tar esclude, dunque, che, ai fini dell'emersione del “**conflitto**”, debba aversi esclusivo riguardo a **situazioni** connesse all'esistenza di un **concreto vantaggio competitivo** per l'operatore economico ed attribuisce espresso rilievo anche a quelle situazioni in cui sussista la mera **potenzialità di asimmetria informativa** e di pregiudizio alla regola dell'**equidistanza** fra tutti coloro che vengono in contatto con il pubblico potere. Il Giudice amministrativo pugliese, con articolata riflessione, fa propria la conclusione dei Giudici di Palazzo Spada secondo cui **il conflitto di interessi non si riferirebbe “a comportamenti, ma a stati della persona”**. **Tanto più in ragione della precisata evidenza per la quale “L'essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione sono due aspetti distinti”**.

## Il Fatto

La decisione in commento dichiara legittima l'esclusione disposta, ai sensi dell'art. 80 comma 5, lett. d) Cod. Appalti, nei confronti di un RTI, in ragione della sussistenza di un **conflitto di interessi** ravvisato nella circostanza che una delle cooperative del consorzio parte del raggruppamento concorrente annoverava, fra gli amministratori, un soggetto risultato titolare dell'incarico fiduciario di membro del Nucleo di Valutazione, precedentemente conferitogli dallo stesso Sindaco e legale rappresentante

dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Orbene il **G.A. pugliese, con la decisione de qua, ha ritenuto senz'altro sussistente, nella fattispecie, un conflitto di interessi per effetto del solo "rischio di danno" alla regola della "equidistanza" di tutti coloro che entrano in contatto con la P.A.** Tanto ancor più in ragione alla "delicata" funzione pubblica svolta all'interno dell'Ente dall'amministratore della cooperativa parte del raggruppamento escluso.

## La questione di diritto

### La normativa.

L'art. 42, comma 2, D.lgs n. 50/2016 s.m.i. trova la sua ratio nell'esigenza di disciplinare il **conflitto di interessi** anche nel particolare contesto della contrattualistica pubblica, sensibilmente esposto al rischio di interferenze, a tutela del principio di concorrenza e del prestigio della pubblica amministrazione alla quale, per usare una immagine mutuata dal parere della sezione Consultiva per gli Atti normativi del Consiglio di Stato n. 667/2019, ben si attaglia il **"principio della moglie di Cesare che deve non solo essere onesta, ma anche apparire onesta.**

La norma va collocata, dunque, nell'ambito della più generale disciplina del **conflitto di interessi**, oggetto delle disposizioni contenute nell'articolo 6-bis della L. n. 241/1990; nella L. n. 190/2012; nel D.Lgs. n. 39/2013; negli artt. 3, 6, 7, 13, 14 e 16 del d.P.R. n. 62/2013; nell'articolo 53, comma 14, del D. Lgs n. 165/01; nell'articolo 78, del D. Lgs. n. 267/2000.

### Il dibattito giurisprudenziale.

Orbene il portato del secondo comma dell'articolo 42 del D.lgs n. 50/2016 s.m.i. è stato oggetto di un dibattito che ha registrato, anche di recente, la contrapposizione tra letture formalistiche e sostanzialistiche.

La giurisprudenza amministrativa risultava, difatti, divisa tra la necessità, sostenuta da una parte, di ritenere sussistente il **conflitto di interessi** ex art. 42 comma 2 solo in situazioni nelle quali fosse concretamente ravvisabile un vantaggio competitivo in favore dell'operatore economico e la idoneità, ritenuta dall'altra, di situazioni anche solo **meramente potenziali e di pericolo** ad integrare il citato **conflitto.**

Le due posizioni, l'una senz'altro motivata dalla esigenza di assicurare il più ampio favor participationis, l'altra più portata ad assecondare le spinte prudenziali e di prevenzione della normativa anticorruzione, determinavano ricadute rilevanti rispetto alle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici in relazione alla corretta identificazione delle fattispecie escludenti ex art. 80 n. 5 lettera d) del Codice degli Appalti, che appunto richiama, fra queste, quella di cui al secondo comma dell'articolo 42.

### L'approdo alla tesi sostanzialistica e di precauzione

Con la sentenza del 15 luglio 2019, n. 1006, il Tar Puglia Bari, sez. III, assumendo una posizione di discontinuità rispetto a proprie decisioni passate, anche recenti (ex multis n. 1176 del 04.08.2018), ha ritenuto **sufficiente, ai fini della integrazione del conflitto di cui all'articolo 42, comma 2, D.lgs. n. 50/2016 s.m.i. la circostanza che l'operatore avesse contestualmente perseguito sia il proprio interesse economico, con la partecipazione alla gara di appalto, sia quello "funzionalizzato" ("cura di un interesse altrui"), proprio dell'Amministrazione aggiudicatrice**, affidatogli con l'incarico fiduciario comportante, peraltro, compiti di valutazione e controllo interno. E ciò **indipendentemente dalla sussistenza in concreto di alcun vantaggio competitivo per l'operatore economico o di una comprovato contatto dello stesso con gli atti di gara**. L'attenzione del Tar, nella decisione in commento, viene rivolta quindi alla coesistenza in capo all'operatore del "doppio ruolo" di concorrente in una gara di appalto bandita dall' Amministrazione e di consulente fiduciario della stessa, chiamato a perseguire un interesse pubblico superiore, evidentemente incompatibile, per sua stessa natura, con quello privato, personale ed economico inseguito con la partecipazione alla pubblica gara.

Invero il Consiglio di Stato con sentenza n. 355/2019, pubblicata in data 14.01.2019, resa a definizione di vicenda contenziosa vertente sulla medesima questione di diritto, in riforma della citata decisione del Tar Puglia Bari (n. 1176/2018 del 04.08.2018), di diverso tenore rispetto a quella in commento, nel definire l'ambito applicativo dell'art. 42, comma 2 D.lgs n. 50/2016 s.m.i., aveva già confermato di condividere l'approccio formalistico e di tutela anticipata. Tanto perché, trattandosi di norma evidentemente tesa, per ratio iuris, a consentire alla P.A. di rimuovere la possibilità e pertanto anche solo la **potenzialità** di una ingerenza e/o influenza nelle operazioni di gara, il Giudice dell'appello aveva ritenuto non necessario verificare, come invece aveva concluso il Collegio di primo grado, la sussistenza di un intervenuto "effetto distorsivo della concorrenza" o di una qualche "forma di intervento nelle diverse fasi in cui si articola lo svolgimento di una procedura per l'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture".

Le dette ipotesi, invero, integrerebbero all'evidenza vere e proprie fattispecie patologiche che in realtà non rispondono alla prospettiva di precauzione ed alle finalità anticorruptive cui certamente aspirava il legislatore che ha scritto il richiamato articolo 42. In effetti **"il conflitto di interessi- ha poi precisato la Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato nel parere n. 669/2019- è una situazione di pericolo in sé, e qualunque pericolo è per sua natura una potenza e non un atto"**. In tale ottica, secondo le conclusioni del Consiglio di Stato, devono considerarsi rientranti nelle fattispecie rilevanti ai fini dell'art. 42, comma 2, del Codice degli Appalti, anche le ipotesi, evidentemente atipiche, di "gravi ragioni di convenienza".

Deve allora pacificamente ritenersi confermato l'assunto secondo il quale **ogni qualvolta il personale di una stazione appaltante (al quale, ai fini che ci occupano, come meglio sarà chiarito, vanno senz'altro equiparati i consulenti ed i collaboratori) risulti portatore, direttamente o indirettamente, di un interesse non soltanto "economico" ma anche di un generico "altro interesse personale", costituente una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza, dovranno ritenersi presenti quelle "gravi ragioni di convenienza" che portano a riconoscere la sussistenza di una situazione di conflitto di interessi.**

“Il **conflitto di interessi** - prosegue nel più volte richiamato parere il Consiglio di Stato, in un passaggio riportato pedissequamente nella sentenza del Giudice amministrativo barese in commento- “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.** Tutto ciò deriva dal principio generale dell’imparzialità dell’azione amministrativa di cui all’art. 97 Cost. e, quindi, le scelte adottate dall’organo devono essere compiute nel rispetto della regola dell’**equidistanza** da tutti coloro che vengano a contatto con il potere pubblico”.

Se ne deve concludere che il **conflitto di interessi**, rilevante ai fini della esclusione dell’operatore economico dalla gara pubblica, ex art. 80 n. 5 lettera d) Codice Contratti pubblici, sussista ogni qualvolta sia ravvisabile anche una **mera potenzialità e pertanto solo un rischio per la tutela dell’interesse pubblico immateriale alla imparzialità, “anche” - per citare ancora una volta un efficace passaggio del parere del Consiglio di Stato -“sub specie del principio della moglie di Cesare che deve non solo essere onesta, ma anche apparire onesta”.**

#### **L’ambito soggettivo**

Con particolare riguardo all’ambito soggettivo di applicazione della norma, già con la pronuncia n. 3401 del giugno 2018 la V Sezione del Consiglio di Stato aveva escluso che la fattispecie di cui all’art. 42, comma 2 del D.lgs. n. 50 del 2016 s.m.i., riferisse il **conflitto di interessi** al solo “personale” della stazione appaltante. Tale espressione deve essere dunque interpretata in senso ampio dovendosi riferire non solo ai dipendenti strictu sensu quali lavoratori subordinati ma, anche, a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), “siano in grado di validamente impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l’attività esterna” (in termini anche Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415).

Deve essere pertanto ritenuta pacifica la riferibilità della norma anche a soggetti legati all’Amministrazione da incarico libero professionale e da rapporti di collaborazione professionale e consulenza.

Della corretta delimitazione dell’ambito soggettivo di applicazione della norma si è anche occupata la Sezione Consultiva del Consiglio di Stato nel parere più volte citato confermando che essa si applichi a “collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico”, nonché a “collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell’amministrazione”. Dunque **sotto il profilo soggettivo, nell’ambito di applicazione dell’articolo 42 del Codice dei Contratti Pubblici rientrano “tutti coloro che intervengono a qualsiasi titolo nel ciclo di vita dell’appalto”.**

#### **La risolvibilità del conflitto**

Pur riconoscendo l’esclusione una estrema ratio, come impone il dettato dell’art. 80 comma 5 lettera d) citato, il Tar pugliese ha escluso poi che nella fattispecie portata al suo esame sussistesse la possibilità di risolvere altrimenti il ravvisato **conflitto**, sia per il tramite della revoca dell’incarico fiduciario (che non

avrebbe raggiunto l'obiettivo di scongiurare la possibile asimmetria informativa, attesa la fase avanzata, alla data di emersione del **conflitto**, e della gara e dello stesso incarico) sia per il tramite della eventuale sostituzione della cooperativa interessata dalla posizione di **conflitto** (che avrebbe finito per pregiudicare il principio di immodificabilità delle offerte, invalidando l'intera gara). La posizione risulta in linea con i tenuti dell'articolo 9.1 delle Linee Guida Anac n. 15/2019, dedicato appunto alla “**Esclusione dalla gara del concorrente, annullamento dell'aggiudicazione e risoluzione del contratto**”, come riscritti all'indomani dell'intervento novativo del Consiglio di Stato in sede consultiva.

### **La best practice**

Corretto è allora il comportamento della PA che, identificata la situazione di **conflitto** nella posizione “contemporanea” di consulente e concorrente di un operatore economico, in ragione anche solo di una potenziale asimmetria informativa e di un possibile pregiudizio della **equidistanza** dal pubblico potere rispetto alla posizione degli altri concorrenti, lo escluda. Appare, allora, che il Collegio pugliese con la sentenza n. 1006 del 15.07.2019 abbia voluto, in assoluta consonanza con le indicazioni del Consiglio di Stato, indicare una best practice nelle “scelte di gara” in un logica di precauzione che la normativa anticorruzione impone ormai in maniera sempre più insistente ed in virtù della quale all'articolo 42, comma 2, del D.lgs n. 50/2016 s.m.i. va attribuita la portata di “norma di pericolo”, operante in presenza anche del solo “pericolo di pregiudizio che la situazione di **conflitto** possa determinare” (Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 355/2019).

### **Volume consigliato**

Avv. Monica Gallo Avv. Monica Impedovo

<https://www.diritto.it/gare-pubbliche-e-conflitto-di-interessi-il-revirement-del-tar-puglia/>