

## Conflitto di interessi nelle procedure ad evidenza pubblica: “maneggiare con cura”... e con fiducia

di A. Ripepi - 17 marzo 2025

La sentenza in analisi (Cons. Stato, Sez. III, 3 gennaio 2025, n. 30) interviene su un tema di grande attualità concernente i pubblici dipendenti: l’istituto del conflitto di interessi, particolarmente sentito nell’ambito delle gare pubbliche.

Ricostruiamo preventivamente il quadro normativo per poi formulare alcune considerazioni di carattere generale.

Ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. d) ed e) del d.lgs. n. 50/2016 “5. *Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: ...*

*d) la partecipazione dell’operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell’articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile;*

*e) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d’appalto di cui all’articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive”.*

La situazione di conflitto di interesse è normata dall’art. 42 D. Lgs. n. 50/2016 che, dopo aver prescritto al primo comma “*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*” al comma secondo definisce il conflitto di interesse: “*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, n. 62”.*

Il comma 3 dispone inoltre: “*Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico”.*

Ai sensi del comma 4 infine “*Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici”.*

L’art. 7 del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (d.P.R. n. 62 del 2013), a sua volta, sancisce l’obbligo dei dipendenti di astensione “*dal partecipare all’adozione di deci-*

*sioni o ad attività, che possano coinvolgere un interesse proprio ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale ovvero di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente” oppure “in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza”.*

Ancora, le Linee Guida ANAC n. 15 in materia di *“Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici”*, approvate con Deliberazione del 5 giugno 2019, precisano che l’interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico si verifica quando decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l’interesse pubblico; 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.

Il parere del Consiglio di Stato relativo alle citate linee guida (Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 31 gennaio 2019, n. 667) chiarisce che il conflitto di interessi va qualificato come *“una condizione giuridica che si verifica quando, all’interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che sia contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell’interesse funzionalizzato. Operare in conflitto di interessi significa agire nonostante sussista una situazione del genere e, quindi, sorge l’obbligo del dipendente di informare l’Amministrazione e di astenersi”*.

Le disposizioni in materia di conflitto di interessi contenute nel Codice appalti sono attuative del 16° considerando della direttiva 2014/24 sui lavori pubblici, il quale prevede: *“Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avvalersi di tutti i possibili mezzi a loro disposizione ai sensi del diritto nazionale per prevenire le distorsioni derivanti da conflitti di interesse nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tra questi potrebbero rientrare le procedure per individuare, prevenire e porre rimedio a conflitti di interessi”*; nonché sono attuative dell’art. 24, paragrafo 2, della stessa direttiva secondo cui: *“Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un’amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell’amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura 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”*.

La definizione di conflitto di interesse contenuta nella direttiva è stata quindi testualmente ripresa dall’art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, che vi aggiunge l’inciso finale: *“In particolare, costituiscono situazioni di conflitto di interesse quelle che determinano l’obbligo di astensione previste dall’art. 7 del DPR 16 aprile 2013, n. 62”*, il quale, come in-

nanzi precisato, estende l'obbligo di astensione del dipendente ad ogni altro caso in cui ricorrano gravi ragioni di convenienza.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato che: *“Ai sensi dell’art. 42 comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si ha conflitto di 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 influenzare, 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’art. 7, d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62”* (Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415).

Il Consiglio di Stato, nel citato parere n. 667/2019 del 5 marzo 2019 (sulle Linee Guida ANAC n. 15), ha precisato come *“occorra distinguere situazioni di conflitto di interessi da un lato conclamate, palesi e soprattutto tipizzate (quali ad esempio i rapporti di parentela o coniugio) che sono poi quelle individuate dall’art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 citato; dall’altro non conosciute o non conoscibili, e soprattutto non tipizzate (che si identificano con le “gravi ragioni di convenienza” di cui al penultimo periodo del detto art. 7 e dell’art. 51 c.p.c.)”* ed ha nel prosieguo precisato che *“rilevano sia palesi situazioni di conflitto di interessi, sia situazioni di conflitto di interessi (in questo senso) potenziali, perché tale nozione include non soltanto le ipotesi di conflitto attuale e concreto, ma anche quelle che potrebbero derivare da una condizione non tipizzata ma ugualmente idonea a determinare il rischio”*.

Le situazioni di “potenziale conflitto” sono identificate in primo luogo, in quelle che, per loro natura, pur non costituendo allo stato una delle situazioni tipizzate, siano destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato. A queste vengono aggiunte “quelle situazioni, le quali possano per sé favorire l’insorgere di un rapporto di favore o comunque di non indipendenza e imparzialità in relazione a rapporti pregressi, solo però se inquadrabili per sé nelle categorie dei conflitti tipizzati. Si pensi a una situazione di pregressa frequentazione abituale (un vecchio compagno di studi) che ben potrebbe risorgere (dove la potenzialità) o comunque ingenerare dubbi di parzialità (dunque le gravi ragioni di convenienza)”.

Nel medesimo parere si è peraltro al riguardo evidenziato che “proprio poiché l’aggettivo “potenziale” rende ambigua la qualificazione della situazione di conflitto di interessi che impone l’obbligo di astensione dell’organo che deve svolgere una determinata attività all’interno dell’ufficio pubblico, e l’espressione gravi ragioni di convenienza è ancora generica, è opportuno precisare che possono configurarsi ipotesi di potenziale conflitto di interessi, con conseguente obbligo di astensione, solo quando ragionevolmente l’organo amministrativo chiamato a svolgere una determinata attività si trovi in una posizione personale e/o abbia relazioni con terzi che possono, anche astrattamente, inquinare l’imparzialità dell’azione amministrativa, con riferimento alla potenzialità del verificarsi di una situazione tipizzata di conflitto”.

Oggi, anche allo scopo di evitare condotte opportunistiche del privato, che potrebbe far valere l’omissione di meri adempimenti anticorruzione (magari privi di rilevanza sostanziale,

stante l'assenza concreta di conflitti di interessi) allo scopo di tentare di far caducare un provvedimento sgradito, il D. Lgs. n. 36/2023 interviene sul punto e, richiamando espressamente il principio della fiducia, all'art. 16, c. 2, dispone che "la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere *provata da chi invoca il conflitto* sulla base di presupposti *specifici e documentati* e deve riferirsi a interessi *effettivi*, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro".

D'altronde, non si vede quale possa essere il pregiudizio per l'Amministrazione e per la collettività laddove il conflitto di interessi non sia reale, ma solo potenziale. In tal senso, già parte della dottrina aveva proposto di restringere il perimetro del concetto di conflitto di interessi alla dimensione esclusivamente attuale e non apparente: sussiste conflitto quando uno degli interessi coinvolti appartiene all'ufficio e l'altro appartiene alla persona responsabile dell'ufficio o che vi lavora.

Questo non implica la perdita di rilevanza della prevenzione di possibili conflitti onde evitare pregiudizi all'imparzialità (come dimostra il c. 4 dell'art. 16 D. Lgs. 36/2023 cit.), bensì una revisione di eccessivi e ingiustificati rigorismi nell'applicazione del sistema preventivo della corruzione alla luce del principio della fiducia.

E' opinione di chi scrive, infatti, che il principio della fiducia, oggi positivizzato in materia di contratti pubblici (A. Ripeti, *Il principio della fiducia nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n. 3/2023), possa fondare una reinterpretazione di alcuni istituti del sistema preventivo-amministrativo dell'anticorruzione (per approfondimenti, rinvio al mio *Anticorruzione e fiducia: un binomio possibile (?)*, in *Ratio Iuris*, 15 aprile 2024), significativamente contiguo al settore dei contratti pubblici in quanto quest'ultimo risulta essere uno tra i più esposti a rischi corruttivi e particolarmente considerato in sede di redazione della relativa pianificazione (per una trattazione più generale del principio, a cavallo tra diritto del lavoro, amministrativo e management pubblico, rinvio al mio "Dirigenza pubblica e fiducia: un'analisi integrata tra diritto e management", Egea, 2025, liberamente scaricabile dal seguente link: [Dirigenza pubblica e fiducia : un'analisi integrata tra diritto e management – Egea – Torrossa](#)).

Nel caso di specie, alla luce delle superiori coordinate ermeneutiche, il Consiglio di Stato afferma che non sussisteva la dedotta situazione di conflitto di interesse (affermata dal TAR in primo grado), rilevante ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. d), né a livello tipizzato, non essendo ravvisabile alcuno dei rapporti evidenziati nella norma di cui all'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 citato, né a livello potenziale.

Infatti, non sussisteva alcune delle fattispecie di conflitto di interessi previste dalla normativa vigente, come risulta dal corpo della motivazione (peraltro resa di difficile lettura dalla fitta presenza di "OMISSIS", motivati da esigenze di privacy).

Ne consegue allora che ben può applicarsi alla fattispecie in esame il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui "*nel settore dei contratti pubblici l'ipotesi del conflitto di interessi non può essere predicata in astratto, ma deve essere accertata in concreto sulla base di prove specifiche. Si richiede in altri termini che la minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione ex art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, in relazione alla causa di esclusione prevista*

dall'art. 80, comma 5, lett. d), del medesimo codice, sia dimostrata sulla base di presupposti specifici” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2020, n. 5370; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2020, n. 2863; Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2019, n. 2511).

Viene dunque superato l'orientamento restrittivo, sposato dal TAR, secondo cui ai fini del verificarsi di una situazione di conflitto di interessi rileva il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa che potrebbe determinarsi in favore di un concorrente a danno degli altri, con la conseguente possibile acquisizione di un indebito vantaggio competitivo, in violazione dei principi di buon andamento e imparzialità.

La sentenza in esame, dunque, sebbene faccia applicazione della normativa del precedente codice dei contratti *ratione temporis*, sembra aderire alla prospettiva sottesa anche al nuovo codice (art. 16), che lega espressamente conflitto di interessi, fiducia ed effettività dell'operato delle stazioni appaltanti.

Infatti, in altro luogo della motivazione si legge che “Deve pertanto ritenersi sussistente un interesse a gravare gli atti di nomina della Commissione, potendo il dedotto conflitto di interessi, nella prospettiva del RTI ricorrente, essere suscettibile di avere un'ipotetica refluente sul giudizio di anomalia dell'offerta gravato in via principale, nella misura in cui da una diversa composizione della Commissione sarebbe potuta sortire una differente valutazione delle offerte”.

Il messaggio, per dirla con le parole del nuovo codice, è chiaro: “*la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro*” (art. 16 D. Lgs. n. 36/2023).

In definitiva, la sentenza in esame appare una conferma di come anche il sistema preventivo dell'anticorruzione possa essere letto e reinterpretato alla luce del principio della fiducia (se si vuole, rinvio al mio *Anticorruzione e fiducia: un binomio possibile (?)*, in *Ratio iuris*, 15 aprile 2024).

Antonino Ripepi, procuratore dello Stato in Reggio Calabria

Visualizza il documento: [Cons. Stato, sez. III<sup>a</sup>, 3 gennaio 2025, n. 30](#)