

***Il conflitto di interessi nel procedimento
amministrativo e l'obbligo di astensione del
dipendente pubblico***

**Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia – Roma, 03 Dicembre 2019
Il Responsabile del Settore Affari Legali e Contenzioso INGV
Avv. Pasquale GUIDACE**

Principi Costituzionali

- ✓ **Art. 54, comma 2, Cost.:** *“I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle, con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge”;*
- ✓ **Art. 97, comma 2, Cost.:** *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”;*
- ✓ **Art. 97, comma 4, Cost.:** *“Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”;*
- ✓ **Art. 98, comma 1, Cost.:** *“I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”;*

I predetti principi generali sono finalizzati a stabilire un rapporto di esclusività tra coloro i quali adempiono a funzioni pubbliche e l'amministrazione, affinché si sostanzii un legame completo teso ad escludere possibili conflitti di interesse (garanzia di imparzialità).

Regole amministrative connesse alla funzione

- L'imparzialità dei funzionari pubblici viene salvaguardata dal concorso di una serie di regole amministrative, connesse:
 - **all'accesso alla carica** che avviene nel rispetto del principio costituzionale del pubblico concorso (Art. 97, comma 4, Cost.);
 - **all'esercizio della funzione – nella fattispecie dei conflitti di interesse** (Cfr. nuovo art. 6bis della L. 241/90 - Codici di comportamento D.p.R. 62/2013 – art. 53, commi 7 e 9, del D.lgs. 165/2001 su preventiva autorizzazione incarichi extra lavorativi – art. 42 D.lgs. n. 50/2016 Conflitto di interesse in materia di appalti pubblici – artt. 4,9,12,20 del D.lgs. 39/2013 su inconfiribilità e incompatibilità);
 - **alla cessazione del rapporto (*post-employment*)**, che comporta talvolta il divieto di attribuire incarichi privati a funzionari pubblici cessati dall'incarico (*c.d. pantouflage*) (Cfr. Art. 53, comma 16ter, D.lgs. 165/2001);
 - **ai comportamenti da tenere nell'esercizio della funzione.**

Le diverse categorie di soggetti pubblici e privati

Le predette regole amministrative si applicano ad una considerevole varietà di soggetti che operano nella cura degli interessi pubblici. Le categorie principali sono:

- **Le amministrazioni menzionate nell'art. 1, comma 2, del D.lgs. 165/2001**, da distinguere almeno in due sottocategorie:
 - le amministrazioni con vertice (organi di indirizzo), espressione di rappresentanza politica (Stato, Regioni, Province, Comuni);
 - le amministrazioni con vertice non politico (enti pubblici non economici, nazionali, regionali, locali; enti pubblici economici);

- **gli enti di diritto privato in controllo pubblico**, società di capitali e altri enti (fondazioni e associazioni);

- **gli enti di diritto privato (società e altri enti) solo partecipati da pubbliche amministrazioni**;

Queste due ultime categorie, aventi forma privatistica, sono spesso utilizzate per aggirare molti dei principi finalizzati ad assicurare l'imparzialità del funzionario pubblico (es. mancato reclutamento con concorso, mancata applicazione delle regole sul procedimento amministrativo, non applicazione delle regole sulle incompatibilità o sul conflitto di interessi).

La disciplina generale in materia di conflitto di interessi

Con l'introduzione della Legge 6/11/2012 n. 190 (c.d. legge Anticorruzione) si è inteso arginare il fenomeno della corruzione in seno alle P.A. cercando di prevedere un sistema di tutela anticipata. Pertanto, detta normativa si basa sul principio secondo il quale i fenomeni di corruzione all'interno delle P.A. vanno affrontati e osteggiati ancor prima che si siano consumati.

Dalla recente normativa è stato attribuito al termine corruzione un significato più ampio di quello strettamente connesso al reato previsto e punito dagli artt. 318 e 319 del codice penale.

La corruzione prevede un accordo tra almeno due soggetti e una tangente/ un pagamento/ un vantaggio di qualche tipo.

Il conflitto di interessi, viceversa, si concretizza quando una persona potrebbe avere l'opportunità di anteporre i propri interessi privati ai propri obblighi professionali, indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio.

Art. 51 del Codice di Procedura Civile (Astensione del giudice)

- Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

- 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;
- 2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;
- 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;
- 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;
- 5) se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa.

-In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore.

Art. 1, comma 41, Legge 6 novembre 2012, n. 190

41. Nel capo II della legge 7 agosto 1990 n. 241, dopo l'articolo 6 è aggiunto il seguente:

<<Art. 6-bis. (Conflitto di interessi):

1. Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale>>.

Con l'introduzione nel corpo della legge 241/90 del richiamato art. 6bis, il legislatore ha attribuito carattere generale ad un istituto che, sino a quel momento, era riposto nelle pieghe del diritto amministrativo. Basti considerare che l'obbligo di astensione trovava un riferimento nell'art. 323 codice penale sull'abuso di ufficio. Ma la norma penale prevede requisiti specifici: aver cagionato un danno, oppure essersi procurato un vantaggio.

L'art. 6bis della legge 241/90, quindi, è oggi la norma su cui si fonda a livello normativo primario l'obbligo di astensione

Il Consiglio di Stato ha significativamente affermato che il conflitto di interesse **<comprende ogni situazione di conflitto o di contrasto di situazioni personali, comportante una tensione della volontà, verso una qualsiasi utilità che si possa ricavare dal contribuire alla adozione dell'atto amministrativo>.**

L'art. 6bis considera oltre alla situazione del conflitto attuale, anche quello potenziale, che comporta un obbligo di segnalazione, preliminare rispetto ad una successiva astensione: **classico è il caso del responsabile acquisti che riceve ed accetta un regalo di per sé lecito da un potenziale fornitore. L'obbligo di segnalazione si collega alla necessità di una adeguata disclosure, che nella fattispecie sorge da una situazione contingente (c.d. ad hoc disclosure).**

Secondo una definizione di conflitto di interessi 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 vengono identificate ben 5 categorie di conflitto di interessi:

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

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.

Art. 1, comma 42, Legge 6 novembre 2012, n. 190

42. All'articolo 53 del D.lgs. 165/2001, sono apportate le seguenti modificazioni:

c) al comma 7 e al comma 9, dopo il primo periodo è inserito il seguente: <<Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi>>.

Il richiamato art. 53, comma 7, chiarisce che i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Proprio ai fini della citata autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni anche potenziali di conflitto.

In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti.

Anche il comma 9 del medesimo articolo precisa che gli enti pubblici economici e i soggetti privati non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti pubblici senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi. Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitti di interesse.

Verifica in concreto dei incarichi di cui all'art. 53, comma 7, del D.lgs. 165/2001

In merito agli incarichi extra – lavorativi, secondo quanto espresso anche dalla Corte dei Conti in pregresse pronunce, occorre verificare se:

- ✓ L'espletamento dell'incarico possa ingenerare, anche in via solo ipotetica o potenziale, situazione di conflittualità con gli interessi facenti capo all'amministrazione e, quindi, con le funzioni (ad essi strumentali) assegnate sia al singolo dipendente che alla struttura di appartenenza;
- ✓ La compatibilità del nuovo impegno con i carichi di lavoro del dipendente e della struttura di appartenenza (che dovrà comunque non solo essere svolto fuori dall'orario di lavoro, ma pure compatibilmente con le esigenze di servizio), nonché con le mansioni e posizioni di responsabilità attribuite al dipendente, interpellando eventualmente a tal fine il responsabile dell'ufficio di appartenenza, che dovrà esprimere il proprio parere o assenso circa la concessione dell'autorizzazione richiesta;
- ✓ La occasionalità o saltuarietà, ovvero non prevalenza della prestazione sull'impegno derivante dall'orario di lavoro ovvero l'impegno complessivo previsto dallo specifico rapporto di lavoro, con riferimento ad un periodo determinato;
- ✓ La materiale compatibilità dello specifico incarico con il rapporto di impiego, tenuto conto del fatto che taluni incarichi retribuiti sono caratterizzati da una particolare intensità di impegno.

Codice di Comportamento dei Dipendenti Pubblici - Art. 6 del D.p.R. n. 62/2013

Comunicazione degli interessi finanziari e conflitti d'interesse

- ❖ L'art. 6 prevede che il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando:
 - se in prima persona, o i suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione;
 - se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti l'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate.

Codice Comportamento personale INGV(<http://istituto.ingv.it/joomlatools-files/docman-files/codice-comportamento-personale-ingv1.pdf>).

Codice di Comportamento dei Dipendenti Pubblici - Art. 6, comma 2, del D.p.R. n. 62/2013

- L'art. 6, comma 2, del D.p.R. 62/2013 prevede che: **«il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivati dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici».**

Codice di Comportamento dei Dipendenti Pubblici - Art. 7 del D.p.R. n. 62/2013

- ✓ **L'art. 7 del D.p.R. n. 62/2013 dispone che: «Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, 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 egli sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza».**

Gestione del conflitto di interessi da P.N.A.

•La segnalazione del conflitto deve essere indirizzata al dirigente,il quale, esaminate le circostanze, valuta se la situazione realizza un conflitto di interessi idoneo a ledere l'imparzialità dell'agire amministrativo. Il dirigente destinatario della segnalazione deve valutare espressamente la situazione sottoposta alla sua attenzione e deve rispondere per iscritto al dipendente medesimo sollevandolo dall'incarico oppure motivando espressamente le ragioni che consentono comunque l'espletamento dell'attività da parte di quel dipendente.

•Nel caso in cui sia necessario sollevare il dipendente dall'incarico esso dovrà essere affidato dal dirigente ad altro dipendente ovvero, in carenza di dipendenti professionalmente idonei, il dirigente dovrà avocare a sé ogni compito relativo a quel procedimento. Qualora il conflitto riguardi il dirigente, a valutare le iniziative da assumere sarà il responsabile per la prevenzione della corruzione.

Art. 42 del D.lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici)

Anche il Codice dei Contratti Pubblici, così come aggiornato al D.L. 18/04/2019 n. 23 – c.d. «sblocca cantieri», convertito con modificazioni dalla Legge 14/06/2019 n. 55, dedica un articolo al Conflitto di interesse.

Art. 42, comma 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.

Art. 42, comma 2: «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 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'art. 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62».

Art. 42, comma 3: **«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».**

Art. 42, comma 4: **«Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici».**

Art. 42, comma 5: **«La stazione appaltante vigila affinché gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati».**

Recentemente sono state pubblicate le Linee Guida dell'ANAC n. 15, recanti *“Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici”* - approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 494 del 5 Giugno 2019.

Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico - D.lgs. n. 39/2013

Art. 4 del D.lgs. 39/2013 - Inconferibilità di incarichi nelle amministrazioni statali, regionali e locali a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati

1. A coloro che, nei due anni precedenti, abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato o finanziati dall'amministrazione o dall'ente pubblico che conferisce l'incarico ovvero abbiano svolto in proprio attività professionali, se queste sono regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico, non possono essere conferiti:
 - **a)** gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali;
 - **b)** gli incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello nazionale, regionale e locale;
 - **c)** gli incarichi dirigenziali esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici che siano relativi allo specifico settore o ufficio dell'amministrazione che esercita i poteri di regolazione e finanziamento.

Art. 9 D.lgs. N. 39/2013

Art. 9 del D.lgs. 39/2013 - Incompatibilità tra incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati nonché tra gli stessi incarichi e le attività professionali.

- **1. Gli incarichi amministrativi di vertice e gli incarichi dirigenziali, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, che comportano poteri di vigilanza o controllo sulle attività svolte dagli enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione che conferisce l'incarico, sono incompatibili con l'assunzione e il mantenimento, nel corso dell'incarico, di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione o ente pubblico che conferisce l'incarico.**
- **2. Gli incarichi amministrativi di vertice e gli incarichi dirigenziali, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, gli incarichi di amministratore negli enti pubblici e di presidente e amministratore delegato negli enti di diritto privato in controllo pubblico sono incompatibili con lo svolgimento in proprio, da parte del soggetto incaricato, di un'attività professionale, se questa è regolata, finanziata o comunque retribuita dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico.**

Art. 12 D.lgs. N. 39/2013

Art. 12 Incompatibilità tra incarichi dirigenziali interni e esterni e cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali

1. Gli incarichi dirigenziali, interni e esterni, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico sono incompatibili con l'assunzione e il mantenimento, nel corso dell'incarico, della carica di componente dell'organo di indirizzo nella stessa amministrazione o nello stesso ente pubblico che ha conferito l'incarico, ovvero con l'assunzione e il mantenimento, nel corso dell'incarico, della carica di presidente e amministratore delegato nello stesso ente di diritto privato in controllo pubblico che ha conferito l'incarico.

Art. 20 D.lgs. N. 39/2013

Art. 20 Dichiarazione sulla insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità

- **1.** All'atto del conferimento dell'incarico l'interessato presenta una dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di inconferibilità di cui al presente decreto.
- **2.** Nel corso dell'incarico l'interessato presenta annualmente una dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di incompatibilità di cui al presente decreto.
- **3.** Le dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 sono pubblicate nel sito della pubblica amministrazione, ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico che ha conferito l'incarico.
- **4.** La dichiarazione di cui al comma 1 è condizione per l'acquisizione dell'efficacia dell'incarico.
- **5.** Ferma restando ogni altra responsabilità, la dichiarazione mendace, accertata dalla stessa amministrazione, nel rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio dell'interessato, comporta la inconferibilità di qualsivoglia incarico di cui al presente decreto per un periodo di 5 anni.

La ratio sottesa alla nuova visione dell'esclusività -D.lgs. n. 39/2013

- ✓ Con il D.lgs. n. 39/2013 si è inteso enfatizzare il presupposto dell'esclusività nell'esercizio delle funzioni pubbliche. In questo caso, l'esclusività vale, appunto, ad escludere che sulla funzione possano influire/incidere interessi e finalità non contemplati dallo schema funzionale.

Art. 1, comma 42, lett. l), Legge 6 novembre 2012, n. 190 – c.d. Pantouflage

- ✓ L'art. 1, comma 42, lett. l), della legge 190/2012 ha contemplato l'ipotesi relativa alla c.d. "incompatibilità successiva" (*pantouflage*), introducendo all'art. 53 del D.lgs. 165/2001, il comma 16-ter, **ove è disposto il divieto per i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro** (e quindi anche in caso di collocamento in quiescenza per raggiungimento dei requisiti di accesso alla pensione), **attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività dell'amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal predetto comma 16-ter sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con l'obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti ed accertati ad essi riferiti.**

c.d. Pantouflage

- ✓ **Lo scopo della norma è quello di scoraggiare comportamenti impropri del dipendente, che durante il periodo di servizio potrebbe sfruttare la propria posizione all'interno dell'amministrazione per precostituirsi delle situazioni lavorative vantaggiose presso il soggetto privato con cui è entrato in contatto in relazione al rapporto di lavoro.** Il divieto è anche finalizzato a ridurre il rischio che soggetti privati possano esercitare pressioni o condizionamenti nello svolgimento dei compiti istituzionali, prospettando al dipendente di un'amministrazione opportunità di assunzione o incarichi una volta cessato dal servizio.
- ✓ **Secondo l'ANAC, la norma in esame è idonea a ricomprendere non solo i titolari dei poteri autoritativi e negoziali ma anche quelli che, pur non essendo titolari di tali poteri, collaborano al loro esercizio svolgendo istruttorie (pareri, certificazioni, perizie) che incidono in maniera determinante sul contenuto del provvedimento finale, ancorché redatto e sottoscritto dal funzionario competente (ANAC – delibera del 5/06/2019 n. 537; Id., delibera 5/06/2019 n. 506).**
- ✓ Recenti pronunce giurisprudenziali hanno chiarito e definito la portata e natura dei poteri di vigilanza dell'ANAC, sia in termini di vigilanza, sia di funzione consultiva. In merito ai poteri ispettivi, il Consiglio di Stato, sez. V, 11/01/2018 n. 126, ha rilevato una piena valutazione dell'ANAC sulla legittimità del procedimento di conferimento dell'incarico, in corso o già concluso, che non si esaurisce in un parere ma è produttiva di conseguenza giuridiche aventi carattere provvedimentoale, come tale impugnabile dinanzi al TAR.

La sorte del provvedimento adottato in conflitto di interessi

La violazione dell'obbligo di astensione determina l'invalidità del provvedimento adottato in conflitto di interessi.

Pertanto, trovano applicazione le regole generali in tema di invalidità degli atti amministrativi e, in particolare, l'art. 21 *octies*, comma 1, della L. 214/90 che disciplina l'annullabilità dell'atto illegittimo (***E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza***).

Deve escludersi la più radicale conseguenza della nullità, che postula la sussistenza di una delle ipotesi indicate dall'art. 21 *septies* della predetta legge 241/90. Invero, si tratta di ipotesi tassative, tra le quali non rientra il conflitto di interessi (E' nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge).

Responsabilità derivanti dalla violazione del conflitto di interessi

- ✓ *Responsabilità amministrativo – contabile;*
- ✓ *Responsabilità dirigenziale ex art. 21 D.lgs.l. 165/2001;*
- ✓ *Responsabilità penale;*
- ✓ *Responsabilità disciplinare;*
- ✓ *Mancata corresponsione della retribuzione di risultato.*

Giurisprudenza

Concorsi a pubblici impieghi

T.A.R. Lazio Roma, Sez. III Bis, 12/06/2018 n. 6526

- Il mero svolgimento di un tirocinio formativo attivo, abilitante alla partecipazione al concorso, non costituisce di per sé una ipotesi di conflitto di interessi. Infatti, oltre alla tassatività delle cause di astensione, deve ritenersi che «perché i rapporti personali assumano rilievo, deve trattarsi di rapporti diversi e più saldi di quelli che di regola intercorrono tra maestro ed allievo o tra soggetti che lavorano nello stesso ufficio, essendo rilevante e decisiva la circostanza che il rapporto tra commissario e candidato, transcendendo la dinamica istituzionale delle relazioni docente/allievo, si sia concretato in un autentico sodalizio professionale, in quanto tale connotato dai caratteri della stabilità e della reciprocità d'interessi di carattere economico, in un rapporto personale di tale intensità da fare sorgere il sospetto che il giudizio non sia stato improntato al rispetto del principio di imparzialità»

T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. II, 18/10/2016 n. 2397

- Nelle procedure di concorso costituiscono cause di incompatibilità dei componenti la Commissione esaminatrice, oltre ai rapporti di coniugio e di parentela e affinità fino al quarto grado, le relazioni personali fra esaminatore ed esaminando che siano tali da far sorgere il sospetto che il candidato sia stato giudicato non in base al risultato delle prove, ma in virtù di conoscenze personali...ovvero stretti rapporti di amicizia personale.

Si rileva che la sussistenza di singoli ed occasionali rapporti di collaborazione non è di per sé sufficiente ad alterare la *par condicio* tra i concorrenti.

Tuttavia, **nel caso sottoposto all'attenzione del Tribunale Amministrativo di Palermo, si constatava la presenza di ben 44 pubblicazioni scientifiche redatte tra il candidato in collaborazione con il Professore universitario giudicante, arrivando pertanto a qualificare tale rapporto come un vero e proprio sodalizio professionale.**

Pertanto, conclude il Tribunale, in presenza di un rilevante rapporto di collaborazione nella produzione scientifica, il commissario di un concorso pubblico è obbligato ad astenersi.

Opere pubbliche – Gara di appalto

T.A.R. Abruzzo, Sez. I, 24/04/2014 n. 195

- ❖ E' illegittimo l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione di una gara pubblica disposto per possibile incompatibilità del Responsabile Unico del Procedimento (RUP), il cui figlio lavora come magazziniere presso la ditta risultata aggiudicataria, non avendo il RUP alcuna effettiva incidenza, né in fase istruttoria né in quella decisoria, sull'esito della gara.
- ❖ Con detta pronuncia il TAR ha ritenuto che l'annullamento d'ufficio appare essere una soluzione estrema ed abnorme della *c.d. mera legalità*. La potenziale situazione di conflitto di interessi non significa dare valore decisivo ad ogni osservazione strumentale, ma deve essere sempre verificata una valida ragione di incompatibilità che possa inficiare in modo visibile il buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Cons. di Stato, Sez. V, 11/07/2017 n. 3415

- ✓ Il conflitto di interessi di cui all'art. 42 del D.lgs. N. 50/2016 sussiste non solo con riferimento ai dipendenti in senso stretto della stazione appaltante o del prestatore di servizi di cui quest'ultima si avvalga bensì anche con riferimento a quanti, in base ad un valido titolo giuridico, siano in grado di validamente impegnare nei confronti di terzi i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna.
- ✓ Le situazioni di conflitto di interessi, nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite.

Consiglio di Stato, Sez. III, 06/08/2018 n. 4830

- ❖ **Il rischio che il ruolo e l'attività di uno dei commissari, dichiarato incompatibile, possano aver inciso nei confronti anche degli altri commissari durante le operazioni di gara, influenzandoli verso un determinato esito valutativo, impedisce la sua semplice sostituzione ed implica la decadenza e la necessaria sostituzione di tutti gli altri commissari.** La sostituzione totale di tutti i commissari (in luogo del solo commissario designato in modo illegittimo) garantisce maggiormente il rispetto del principio di trasparenza nello svolgimento delle attività di gara.

Consiglio di Stato, Sez. III, 07/11/2018 n. 6299

- ❖ Non è possibile estendere gli effetti dell'invalidità derivante dalla nomina di una commissione illegittima anche a tutti gli altri atti anteriori, disponendo la caducazione radicale dell'intera gara....In particolare, vengono travolti per illegittimità derivata tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio, ma non certo gli atti anteriori, anche in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti a valle, non certo degli atti a monte.

I principi espressi dalle citate sentenze del Consiglio di Stato (nn. 4830 e 6299) ribadiscono che: Ogni qual volta emergano elementi che siano idonei, anche soltanto sotto il profilo potenziale, a compromettere il delicato e cruciale ruolo di garante di imparzialità delle valutazioni affidate alle commissioni di gara, la semplice sostituzione di un componente rispetto al quale sia imputabile la causa di illegittimità dovrebbe ritenersi né ammissibile, né consentita, in particolare nelle ipotesi in cui la Commissione abbia già operato.

Contestualmente, il Consiglio di Stato, chiarisce come non è possibile estendere gli effetti dell'invalidità derivante dalla nomina di una commissione illegittima anche a tutti gli atti anteriori, disponendo la caducazione radicale dell'intera gara.

T.A.R. Veneto Venezia, Sez. I, 23/09/2019 n. 1021

- L'art. 53, comma 16-ter, del D.lgs. 165/2001 si applica solo a coloro i quali abbiano esercitato negli ultimi tre anni poteri **autoritativi** o **negoziali** per conto delle pubbliche amministrazioni, i quali per l'appunto non possono svolgere nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività dell'amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri.
- Quanto al conflitto di interesse di cui all'art. 42, comma 2, del D.lgs. 50/2016, deve escludersi la sussistenza in capo ai componenti della commissione di gara – in via diretta o indiretta – di «**un interesse finanziario, economico o altro interesse personale**» qualora non verificato in concreto e sulla base di prove specifiche (*Cfr Cons. di Stato, Sez. V, 17/04/2019 n. 2511*).

Consiglio di Stato, Sez. III, 12/09/2019 n. 6150

✓ Le disposizioni di cui agli artt. 42, comma 2, del D.lgs n. 50/2016, nonché dell'art. 53, comma 16-ter. D.lgs 165/2001 hanno un'ampia portata e ricomprendono tutti coloro che, con qualsiasi modalità, e anche senza intervenire nella procedura di gara (predisponendone gli atti o facendo parte della commissione giudicatrice) siano in grado di influenzarne il risultato..quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara (***vedi anche Cons. Stato, sez. V, n. 3415/2017; Cons. di Stato, sez. III, 14/01/2018 n. 355; parere su linee Guida ANAC Consiglio di Stato n. 667/2019***).

Trattasi nel caso in esame di società esclusa dalla gara in quanto il dott. G.A. era stato contestualmente dirigente medico presso la stazione appaltante e amministratore unico/socio titolare e, infine, procuratore e rappresentate della società appellante, oltre ad aver partecipato in rappresentanza di essa alle sedute pubbliche della gara in questione.

Caso pratico

La società Alfa, piccola società in house controllata al 100% dalla Pubblica Amministrazione, quindi soggetta al codice degli appalti, affida il servizio di assistenza informatica all'azienda Beta, con proroghe reiterate negli anni a spregio di qualunque regola del codice degli appalti. Il nuovo Direttore Generale impone che si proceda ad avviare una nuova gara e il RUP, considerato che negli anni aveva intessuto rapporti di costante frequentazione con l'amministratore della società Beta, informa il proprio superiore, ritenendo di trovarsi in una possibile posizione di conflitto di interessi.

Il Dirigente, constatato il conflitto di interessi, ritiene di avvicinare il pregresso RUP affidando la procedura di gara ad un collega, Sig. Caio.

Quest'ultimo, persona di specchiata moralità e onestà, decide di indire una procedura di gara aperta, per garantire la massima partecipazione a tutti gli operatori economici.

Tuttavia Caio, considerato che la società Alfa ha poco personale amministrativo, ha difficoltà a redigere il capitolato di gara in materia informatica, tenuto conto, peraltro, delle obsolete specifiche tecniche del capitolato che ha più di dieci anni.

Pertanto Caio, del tutto ingenuamente, contatta via e-mail e al telefono l'amministratore della società Beta, Sig. Mevio, chiedendo di avere un supporto per scrivere il capitolato.

Il RUP, Caio, non sa che il telefono dell'amministratore Mevio è intercettato dalla polizia postale per una presunta partecipazione di quest'ultimo ad una associazione per delinquere, finalizzata a realizzare delle truffe.

Alcuni mesi dopo il RUP, Sig. Caio, viene tratto in arresto con l'accusa di abuso di ufficio (art. 323 codice penale) e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-bis del codice penale).

Grazie!