



20 MARZO 2019

Il conflitto d'interessi degli operatori economici nel codice degli appalti

di Giovanni Iudica
Ricercatore di Diritto amministrativo
Università di Catania



Il conflitto d'interessi degli operatori economici nel codice degli appalti *

di Giovanni Iudica

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università di Catania

Sommario: 1. Incoerenze normative. 2. ...e giurisprudenziali. 3. Rilievi conclusivi.

1. Incoerenze normative

In queste brevi note si vuole sviluppare qualche riflessione in tema di conflitto d'interessi degli operatori economici nel codice degli appalti (d.lgs n. 50 del 2016, mod. dal correttivo d.lgs 19.4.2017 n. 56), in relazione ad un quadro normativo e giurisprudenziale che non sembra del tutto chiaro e coerente.

Secondo l'art. 80, comma 5° lett. d) è motivo di esclusione di un operatore economico dalla procedura di gara il fatto che *“la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2, non diversamente risolvibile”*.

A sua volta l'art. 42, 2° comma, ritiene che vi sia conflitto d'interessi quando il personale della stazione appaltante ha direttamente un interesse finanziario, economico o altro personale *“che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità o indipendenza”*. In questa disposizione il conflitto d'interessi sembra essere una fattispecie di pericolo che prescinde dall'(effettiva) distorsione della concorrenza. Condizione ulteriore dell'esclusione - prevista dall'art. 80 comma 5° lett. d) - è l'impossibilità di risolvere il conflitto, per es. eliminando una incompatibilità nel corso della procedura di gara.

Invece, secondo l'art. 80 comma 5° lett. e) è motivo di esclusione il fatto che vi sia stata *“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”*.

Nell'ipotesi dell'art. 67 il conflitto d'interessi deriva dal fatto che il candidato (oppure un offerente o un'impresa collegata a questi), abbia fornito la documentazione di cui all'art. 66 comma 2°, oppure abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto¹. Quest'ultima disposizione sembra prevedere una fattispecie più specifica in relazione ai casi previsti dall'art. 42.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Mediante consulenze, relazioni, o altra documentazione tecnica da parte di esperti, o da parte di Autorità indipendenti.

L'art. 67 configura il conflitto d'interessi non come fattispecie di pericolo, ma come causa di distorsione della concorrenza, cioè occorre un pregiudizio specifico derivante dal candidato che abbia partecipato alla preparazione della procedura d'appalto.

Sul punto, è particolarmente significativo il parere del Cons. St. Ad. Comm. Spec. 1°/4. 2016 n. 855, che rispetto a questa norma suggeriva di inserire non solo *“una distorsione della concorrenza”*, ma anche un tentativo in tal senso. *“Ciò in quanto la condotta anticoncorrenziale è ritenuta pericolosa dall'ordinamento UE anche quando abbia soltanto ad oggetto il conseguimento di una siffatta violazione. In tal caso, dopo le parole “una distorsione” occorrerebbe aggiungere le seguenti “ovvero un tentativo di distorsione”*.

Che si tratti di fattispecie in cui si deve provare la disparità di trattamento sembra evidente dal fatto che la disposizione come misura “meno intrusiva”, prevede la comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato alla preparazione della procedura. Si tratta quindi di misura che tende a ripristinare una parità di trattamento già lesa con la preparazione dell'appalto da parte di uno dei candidati.

In sostanza, si riscontra un differente regime del conflitto d'interessi sul piano sostanziale e processuale nella materia delle gare pubbliche, che invece doveva essere regolato in modo uniforme, per le finalità di prevenzione della corruzione, che postula discipline di carattere unitario.

2... e giurisprudenziali

Bisogna considerare che nel vigore del d.lgs n. 163 del 2006 non vi era una specifica disciplina in tema di conflitto d'interessi, venendo in rilievo nell'art. 2 del d.lgs i principi di imparzialità, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

Alla luce di ciò una recente decisione del giudice amministrativo (Tar Piemonte Sez. II 10.10.2018 n.1100), sembra confondere le diverse fattispecie di conflitto d'interessi sopra menzionate e ora specificamente regolate in relazione all'esclusione degli operatori economici dal d.lgs n.50 del 2016.

Si esamina la fattispecie, particolarmente significativa: una associazione sportiva propone ricorso in una procedura di gara per l'affidamento della concessione di un impianto sportivo comunale. Lamenta l'illegittimità dell'atto di aggiudicazione definitiva ai fini di conseguire il risarcimento del danno per equivalente, in quanto l'amministrazione non avrebbe escluso dalla gara la società aggiudicataria.

Alla gara partecipavano solo la ricorrente e la società controinteressata che manifestavano dichiarazione di interesse all'affidamento della concessione del centro sportivo.

La ricorrente deduceva come motivo di esclusione la violazione dei già citati principi dell' art. 2 del dlgs n. 163 del 2006. Ciò sotto il profilo che la procedura era falsata da una situazione di conflitto d'interessi² in cui versava l'amministratore delegato della società aggiudicataria, consigliere comunale della stazione appaltante al momento in cui era stata bandita la gara e che in precedenza aveva ricoperto svariate cariche politiche nello stesso Comune³.

Il giudice amministrativo considera preliminarmente principi giurisprudenziali condivisi dalla Sezione, secondo cui *“Alle autorità aggiudicatrici non incombe un obbligo assoluto di escludere sistematicamente gli offerenti in situazione di conflitto di interessi, dato che siffatta esclusione non sarebbe giustificata nei casi in cui si potesse dimostrare che tale situazione non ha avuto alcuna incidenza sul loro comportamento nella procedura di gara e non determina alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti. Viceversa l'esclusione di un offerente in situazione di conflitto di interessi è indispensabile qualora non esista un rimedio più adeguato per evitare una qualsiasi violazione del principio di parità di trattamento tra gli offerenti e di trasparenza. Infatti l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a vigilare sul rispetto, in ogni fase della procedura d'appalto, del principio di parità di trattamento e di conseguenza della pari opportunità di tutti gli offerenti (Tar Lombardia-Brescia Sez. II 4.4.2016 n. 485)”*.

Altresì considera che *“...la situazione di conflitto d'interessi avrebbe dovuto essere risolta prima della gara e non dopo, dal momento che la sola sussistenza di una situazione di conflitto d'interessi riconducibile alla persona del ...⁴ ha inquinato di per sé la regolarità dell'intera procedura di gara, non potendovi essere alcuna garanzia che il medesimo non abbia potuto*

² Sul conflitto d'interessi, in termini generali, v. A. PERTICI, *Il conflitto d'interessi*, Torino, 2002; S. CASSESE, *Conflitti d'interesse: il fiume di Eracito*, in *Rivista diritto privato*, 2004, 235 ss.; S.F. RAMOS, J.M. PÉREZ MONGUIÓ, *La imparzialità en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Aranzadi, 2012; B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD, *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*, Edward Elgar Publishing Northampton- Massachusetts- USA, 2014; sui rapporti tra conflitto d'interessi ed esercizio delle professioni, v. M. CATRICALÀ, *La disciplina del conflitto d'interessi nell'esercizio delle professioni*, in *Dir. amm.*, 2011, 381 ss.; S. A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Diritto amministrativo*, 4/2013, 671 ss.; M. SPASIANO, *Conflitto d'interessi ed esercizio delle professioni*, in *Nuove autonomie*, 1/2013, 45 ss. Sul conflitto d'interessi in relazione alla legge 20 luglio 2004, n. 215, v. C. MARCETTA, *La legislazione italiana sul conflitto d'interessi*, Milano, 2013; più in generale, G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016; A. BERRETTINI, *Osservazioni su <<conflitto d'interessi>> nel procedimento amministrativo alla luce di una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Nuove Autonomie*, 2/2017, 357 ss.; A. CIOFFI, *Moralità amministrativa e conflitto d'interessi*, in *Dir. amm.*, 4/2017 685 ss. Rispetto al tema dell'esclusione dei partecipanti alla gara in tema di conflitto d'interessi, v. L. PRESUTTI, *Il conflitto d'interessi come causa di esclusione nel nuovo codice*, in *Urbanistica ed appalti*, 4/2018, 548 ss.

³ Nel corso del procedimento di gara, il Rup, avendo rilevato la situazione di conflitto d'interessi, *rectius* di incompatibilità ai sensi dell'art. 63 comma 1° punto 2) del dlgs n. 267 del 2000, in quanto l'amministratore delegato e legale rappresentante della società aggiudicataria era al contempo consigliere comunale, invitava la società concorrente a *“precisare la sussistenza dei requisiti di legge”*. Il conflitto d'interessi veniva risolto tardivamente, in quanto il rappresentante legale comunicava di aver rassegnato le dimissioni da consigliere comunale: nelle more l'impianto sportivo era consegnato alla società controinteressata, ancor se l'aggiudicazione definitiva non era mai stata comunicata alla ricorrente.

⁴ I puntini di reticenza sono nostri.

beneficiare di un trattamento privilegiato nel corso della procedura, se non altro per la possibilità di accedere, nella propria qualità di consigliere comunale a tutti gli atti di gara. Né è rilevante che nella gara in esame non sia emerso concretamente alcun comportamento del...volto a falsare l'esito della procedura o anche solo ad attribuire un indebito vantaggio concorrenziale alla società di cui era legale rappresentante, dal momento che l'art. 6 bis della L. n. 241 del 1990 considera rilevante ogni situazione di conflitto di interessi "anche solo potenziale", a tutela del principio di imparzialità della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione e di quelli, da esso derivati, di trasparenza e di parità di trattamento dei concorrenti; sicchè come giustamente dedotto dalla parte ricorrente, è rilevante non soltanto la sussistenza di una comprovata situazione di turbativa della concorrenza, ma anche il mero rischio che ciò possa verificarsi".

Alla stregua di questi rilievi, il giudice amministrativo ha accolto il ricorso, non adottando la misura di annullamento in quanto era interamente decorso il periodo di affidamento previsto dal bando di gara. Il giudice ha quindi accertato l'illegittimità dell'aggiudicazione ed ha condannato l'amministrazione ai danni ex art. 34, comma 3°, c.p.a.⁵

Tuttavia ci sembra che nella fattispecie in esame si richiami un precedente giudiziale a cui la decisione finale non si conforma affatto, con violazione dell'art. 88 comma 2° lett. d) c.p.a.

In particolare, si tratta della sentenza del Tar Lombardia-Brescia Sez. II 4.4.2016 n. 48. Nella fattispecie, si propone ricorso in una procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento di servizi di assistenza finanziaria (c.d. advisory) ad una società in mano pubblica indicente la gara per rinegoziazione dei contratti con soggetti finanziatori, per renderli coerenti con il piano industriale, economico e finanziario. Veniva impugnata l'aggiudicazione in relazione all'art. 2 del d.lgs n. 163 del 2006 per violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento.

La ricorrente deduceva che la società controinteressata si trovava in una situazione di conflitto d'interessi, in quanto qualche anno prima dallo svolgimento della gara aveva ricevuto un incarico affine presso una società collegata alla società in mano pubblica che aveva indetto la gara. Dovendo redigere un parere preliminare, la controinteressata aveva potuto avere accesso a tutta la documentazione disponibile di cui in tutta evidenza non possono disporre le altre concorrenti della gara.

In questo precedente, il giudice amministrativo a sua volta si riporta sia alla giurisprudenza interna sia a quella comunitaria⁶, affermando il principio per cui chi invoca la pretesa situazione di incompatibilità

⁵ In particolare, il giudice ha accolto il ricorso per due motivi: 1) il conflitto di interessi già descritto; 2) l'assenza di referenze bancarie della controinteressata. Ha assorbito il terzo motivo, concernente la mancata predeterminazione dei criteri per l'assegnazione dei punteggi, che nel verbale di gara sono stati attribuiti senza alcuna motivazione, conseguendo la società controinteressata un punteggio maggiore, pur avendo formulato una offerta molto meno articolata della ricorrente.

⁶Cons. St. Sez V 6.10.2015 n. 4651; Trib. di 1° grado UE sez. II 13.10.2015 n. 403/12; Corte di Giustizia CE Sez. II 3.3.2005, s.l.

deve dimostrare in concreto i vantaggi tratti in sede di partecipazione alla gara con conseguente lesione del principio di parità di trattamento.

Di conseguenza, il giudice ha accolto il ricorso: ciò sulla scorta del rilievo che tale prova è stata fornita dal ricorrente, che ha specificato le proposte sviluppate dalla controinteressata nel corso della precedente consulenza. Il ricorrente ha altresì evidenziato che la corposa documentazione elencata nel parere preliminare non è stata divulgata ai partecipanti alla gara.

Questa sentenza è stata pienamente confermata in sede d'appello da Cons. St. Sez V 18.1.2017 n. 189, secondo cui per configurarsi conflitto d'interessi nella procedura di gara occorre l'acquisizione di un vantaggio concreto da parte dell'impresa partecipante, vantaggio che deve essere dimostrato dal ricorrente.

Diametralmente opposti invece sono i principi affermati dal Tar Piemonte Sez II 10.10.2018 n. 1100, secondo cui l'indebito vantaggio concorrenziale non deve essere affatto dimostrato, ma deve sussistere solo a livello di rischio. In sostanza, si tratta di una fattispecie di pericolo: il giudice infatti non afferma che si debba accertare che la situazione di incompatibilità (il rivestire contemporaneamente la carica di consigliere comunale e di rappresentante legale dell'impresa), abbia inciso (in concreto) sulla parità di trattamento degli offerenti⁷.

Che sia sufficiente una fattispecie di pericolo, il giudicante lo desume dall'art. 6 *bis* della L. n. 241 del 1990, che considera rilevante ogni situazione di conflitto “*anche solo potenziale*”, a tutela del principio di imparzialità della pubblica amministrazione⁸.

Se il giudice invece si fosse riportato al precedente dal Tar Lombardia-Brescia avrebbe dovuto ritenere non sufficiente una fattispecie di pericolo, bensì necessaria la prova di un effettiva disparità di trattamento⁹.

⁷ Così come peraltro affermato da altre decisioni in tema di esclusione degli offerenti negli appalti pubblici per conflitto d'interessi, v. ad es., Tar Campania- Salerno Sez I 6.4.2018 n. 524, in www.Lexitalia.it n. 4/2018.

⁸ *Per incidens*, che la norma in tema di conflitto d'interessi sia una fattispecie di pericolo, non deriva a nostro avviso dall'aggettivo “potenziale”, perché questo identifica ipotesi in cui non vi è una fattispecie procedimentale (attuale) di conflitto. Per es. un dipendente che deve segnalare preliminarmente (c.d. disclosure) se ha partecipazioni azionarie in una società che può essere destinataria dell'azione amministrativa del Comune in cui presta la propria attività lavorativa. La questione invece è maggiormente “sistemica”, in quanto l'art. 21 *octies* L. n. 241 del 1990 comporta che l'annullamento può essere adottato quando il ricorrente ha la possibilità di conseguire un provvedimento di segno diverso e quindi l'eccesso di potere per sviamento dovrà essere dimostrato in concreto. Per questi aspetti v. *amplius*, G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, cit., 35 ss., 59 ss.

⁹ In tale direzione, è stato altresì non coerente l'assorbimento del terzo motivo che riguardava l'assenza di predeterminazione dei criteri per l'attribuzione dei punteggi nel verbale di gara. Tale motivo invece doveva essere considerato, al fine di accertare l'effettiva disparità di trattamento e la violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

Inoltre, seguendo il precedente, l'illegittimità dell'azione amministrativa doveva consistere in una disparità di trattamento e solo a tale condizione il risarcimento poteva essere attribuito.

In tal modo invece l'illegittimità consiste invece in una fattispecie di pericolo che, in concorso con altre condizioni (imputabilità del fatto ingiusto, esistenza del danno ecc.) può dar luogo a risarcimento.

3. Rilievi conclusivi

La giurisprudenza considerata non sembra aver fatto un uso propriamente "accorto" del rinvio al precedente, avendo adottato una decisione diametralmente opposta, ciò in netto contrasto con quanto affermato in dottrina circa il dovere funzionale del giudice di conoscere i precedenti ed attenersi per realizzare la certezza dei rapporti giuridici¹⁰.

Invero nel caso in esame il giudice avrebbe potuto discostarsi dal precedente, ma il percorso argomentativo doveva essere diverso e cioè fondato sul rapporto tra norma generale successiva (art. 6 *bis* L. n. 241 del 1990, introdotta dalla L. n. 190 del 2012) e norma speciale anteriore (art. 2 del dlgs n. 163 del 2006)¹¹.

Il d.lgs. n. 50 del 2016 ha differenziato due fattispecie: 1) un conflitto d'interessi "statico", fondato su una fattispecie di pericolo; 2) un conflitto d'interessi "dinamico" come fattispecie che comporta un pregiudizio concreto all'amministrazione¹².

Da ciò consegue una differente disciplina circa la distribuzione dell'onere della prova e quindi una differente disciplina processuale.

Di recente però il giudice amministrativo ha ritenuto di dover configurare in materia di appalti pubblici il conflitto d'interessi come fattispecie di pericolo anche nel caso dell'art. 67¹³.

In particolare, il ricorrente aveva dedotto la violazione sia dell'art. 42, sia dell'art. 67, in quanto un professionista della società aggiudicataria era stato dipendente della stazione appaltante ed aveva predisposto gli atti di gara. In tal caso il giudice applica i presupposti previsti dall'art. 42, ritenendo che si versi in una ipotesi in cui un soggetto abbia "*un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può*

¹⁰ V. in questa direzione, F. SAITTA, *Valore del precedente e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, cit., 654. Sulla funzione di certezza del precedente, successivamente, v. S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, cit., 559.

¹¹ La questione viene affrontata in dottrina nel senso di ritenere prevalente la norma speciale anteriore quando risponda ad una *ratio* peculiare della fattispecie disciplinata o ponga uno standard di tutela del bene giuridico uguale o superiore da quello indicato dalla norma generale, v. in questa direzione, S. A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento*, cit., 707. Se si ritiene che l'art. 6 *bis* preveda uno standard di tutela superiore perché tutela ad es. l'immagine della p.a., la sua integrità, la sua disciplina dovrebbe essere prevalente rispetto alla norma speciale anteriore.

¹² Su questa distinzione, v. G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, cit., 59 ss.

¹³ V. la significativa decisione del Tar Lazio- Roma sez. III 6.11.2018 n. 10686, in www.Lexitalia.it 11/2018.

essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza". Per il giudice "La predetta norma, infatti, non richiede... che vi sia stata una lesione concreta alla legittimità della gara o all'imparzialità del confronto competitivo...".

L'operazione condotta dal giudice amministrativo sembra l'unificazione di due fattispecie: quella, come sembra, più generale dell'art. 42 e quella più specifica dell'art. 67, nell'ipotesi (unica) del conflitto d'interessi come fattispecie di pericolo.

Viene quindi ad essere *disapplicata* una distinzione normativa, che di per sé, per i rilievi già esposti potrebbe essere criticabile, in quanto attribuisce a diverse ipotesi di conflitto d'interessi diversi assetti (sostanziali e processuali).

Probabilmente, a nostro sommo avviso, sarebbe auspicabile che quando il legislatore interviene con dei correttivi su norme precedenti non dovrebbe limitarsi a sostituire parole o aggiungere commi, ma prendere atto dell'interpretazione giurisprudenziale che si è formata sulle norme stesse, cioè del c.d. diritto vivente¹⁴.

Nel caso in esame, preso atto che una distinzione normativa non viene "sentita" dal giudice sarebbe forse più opportuno configurare regole unitarie, quantomeno quando si sia formata una giurisprudenza consolidata.

In tal modo verrebbero ad evitarsi sia contrasti giurisprudenziali- tenuto conto che in altre decisioni il giudice potrebbe tenere ferma la distinzione prevista dal legislatore- sia la confusione con decisioni precedenti, conseguendosi la certezza dei rapporti giuridici.

¹⁴ Sull'ormai riconosciuta funzione creativa del giudice amministrativo, v. per tutti, AA.VV. *L'incertezza delle regole*, in *Annuario Aipda*, Napoli, 3-4- ottobre 2014. Autorevolmente si sostiene che in atto sussiste una crisi della fattispecie, in quanto il giudice non procede allo stretto controllo di conformità tra eventi e singole fattispecie, ma decide secondo valori (per es. la solidarietà sociale, la salute o il paesaggio ecc.), v. in questa direzione N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista diritto processuale*, 2014, 43. Nelle ipotesi giurisprudenziali esaminate, a stretto rigore il giudice opera fondandosi su disposizioni (quale l'art. 6 bis e l'art. 42). La prevalenza di queste norme però non è fondata su canoni tradizionali quali la valutazione dell'art. 67 come norma che preveda una fattispecie più specifica (rapporto tra norma generale e speciale). Sembra invece che vi sia una valutazione sulla preminenza di un valore, l'integrità dell'amministrazione, la sua immagine, rispetto al conflitto d'interessi che può arrecare un pregiudizio al concreto (reale) interesse dell'amministrazione (in relazione alla disparità di trattamento tra più concorrenti).