



Oggetto

.....OMISSIS..... – avviso pubblico per l'approvvigionamento del servizio di pronta reperibilità – conflitto di interessi – art. 16 d.lgs. 36/2023 e art. 63 d.lgs. 267/2000 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0036-2025-FC

FUNZ CONS 18/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 31 gennaio 2025 acquisita al prot. Aut. n. 15472, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 30 aprile 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra citata, l'Amministrazione richiedente comunica che a seguito dell'avviso pubblico per l'approvvigionamento del servizio di pronta reperibilità - Rdo Riepilogo_NG4987958 del 13 gennaio 2025, importo pari ad euro 15.547,50 – ha partecipato un solo operatore economico, la societàOMISSIS..... Dalle verifiche svolte dalla stazione appaltante in ordine all'assetto societario del predetto operatore economico, sarebbe emerso quanto segue: (i) l'Amministratrice Unica della società è la moglie di un consigliere comunale dell'ente; (ii) la proprietà della società sarebbe ripartita tra la stessa moglie e la sorella del suindicato consigliere comunale; (iii) quest'ultimo, tuttavia, non figurerebbe tra i soggetti titolari di cariche sociali o ruoli all'interno della società, né tra i titolari di diritti su azioni o quote sociali della società medesima; (iv) la sede legale della società stessa risulterebbe ubicata in luogo diverso dalla residenza dei soggetti interessati; (v) infine, il consigliere comunale non avrebbe svolto alcun ruolo nella formazione degli atti di gara, i quali sono stati resi noti, in ossequio al principio di parità di trattamento, all'atto della pubblicazione dell'avviso sul Mepa.

In relazione a quanto sopra rappresentato, l'Amministrazione comunale chiede all'Autorità di pronunciarsi in ordine alla configurabilità, nel caso di specie, di un conflitto di interesse, anche solo potenziale, in capo al consigliere comunale interessato, ai sensi dell'articolo 63, comma 1, n. 2) del d.lgs. 267/2000 e dell'art. 16 del d.lgs. 36/2023 (norme richiamate nell'istanza) e se possa ritenersi operante, nella fattispecie medesima, una causa non automatica di esclusione per il concorrente, ai sensi dell'art. 94 e segg. del d.lgs. n. 36/2023.

Al fine di fornire riscontro sulla questione posta, si osserva preliminarmente, con riguardo ai profili di competenza di questa Autorità, che ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 36/2023 «1. Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, 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 aggiudicazione o nella

fase di esecuzione». Il comma 2 aggiunge che «In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, 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». Infine, i commi 3 e 4 dispongono a loro volta che «Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 1 ne dà comunicazione alla stazione appaltante o all'ente concedente e si astiene dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione. 4. Le stazioni appaltanti adottano misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e delle concessioni e vigilano affinché gli adempimenti di cui al comma 3 siano rispettati».

Occorre richiamare anche l'art. 95 (*cause di esclusione non automatica*), comma 1, del Codice, ai sensi del quale la stazione appaltante «esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: [...] b) che la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse di cui all'articolo 16 non diversamente risolvibile».

L'art. 16 del Codice «recepisce la nozione eurounitaria di conflitto di interessi che viene, tuttavia, riformulata e semplificata, anche al fine di evitare inutili ridondanze». Inoltre, «la norma in esame specifica che il conflitto di interessi può riguardare qualsiasi soggetto, anche non formalmente lavoratore dipendente della stazione appaltante o dell'ente concedente, che interviene nella procedura di aggiudicazione e di esecuzione con compiti funzionali (che implicino esercizio della funzione amministrativa, con esclusioni di mansioni meramente materiale o d'ordine) e che, pertanto, sia in grado di influenzarne il risultato». In tale ambito si precisa che «un conflitto di interessi si determina le volte in cui a un soggetto sia affidata la funzione di cura di un interesse altrui (così detto interesse funzionalizzato) ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare (de iure vel de facto) di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell'interesse funzionalizzato. 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» (Relazione Illustrativa del Codice).

La norma chiarisce quindi – con disposizione di ampia portata – «che la nozione di conflitto di interessi riguarda *tutti* i soggetti che “a qualsiasi titolo”, intervengono con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni, potendone influenzare, “in qualsiasi modo”, il risultato, gli esiti e la gestione e che hanno “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 aggiudicazione o nella fase di esecuzione. La norma – come può evincersi dal suo tenore letterale – intende quindi includere nel suo campo di applicazione, ogni situazione di conflitto di interesse che possa minare il trasparente, corretto e imparziale svolgimento della gara, confermando inoltre l'operatività delle sue previsioni anche nella fase esecutiva del contratto pubblico» (parere Funz Cons 42/2024).

Ciò in quanto il concetto di conflitto di interesse «è posto a presidio del principio costituzionale di imparzialità dell'azione amministrativa ed ha portata estremamente ampia ed atipica, abbracciando tutte le situazioni in cui si determina, anche solo a livello potenziale, il rischio di una “contaminazione” tra la sfera personale del dipendente pubblico e quella istituzionale delle funzioni cui è preposto. Si fa, in particolare, riferimento a tutte le situazioni in cui un soggetto chiamato a svolgere una funzione strumentale all'espletamento di una gara d'appalto (tra cui rientra

certamente la predisposizione della documentazione posta a base di gara) sia portatore di interessi della sfera propria o altrui privata idonei ad influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni, creando il pericolo di distorsioni della concorrenza e di violazione del principio di parità di trattamento tra gli operatori economici (cfr. ex multis Delibere dell'Autorità n. 762 del 4 settembre 2019 e n. 864 del 2 ottobre 2018; Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6150; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 31 luglio 2019, n. 10186; Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017 n. 3415)» (Parere Prec 142/2022)

Il configurarsi del conflitto di interessi richiede verifiche in concreto e sulla base di prove specifiche, pertanto, l'eventuale esclusione da una gara d'appalto di un operatore economico che versi nella condizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. d) del Codice [oggi art. 95, comma 1, lett. b) del d.lgs. 36/2023], non è automatica, ma deve essere pronunciata all'esito di una valutazione della stazione appaltante in ordine alla situazione concreta» (parere Funz Cons. 52/2023; Funz Cons 61/2023). La disciplina dell'esclusione, per le ipotesi oggi contemplate nell'art. 95 del d.lgs. 36/2023, tra le quali quella riferibile al conflitto di interesse (comma 1, lett. b) è (in particolare) contenuta nelle previsioni dell'art. 96 del nuovo Codice (cui si rinvia).

Ai fini delle valutazioni sopra indicate, «affinché possa dirsi esistente il rischio di un conflitto d'interessi è sufficiente il carattere anche solo potenziale della *asimmetria informativa* di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può considerarsi il conseguente indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio (cfr. delibera Anac n. 1014 del 25 novembre 2020)» (parere PREC 339/20223).

Per quanto sopra, con riguardo al caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità - fermo restando che la valutazione della specifica fattispecie di conflitto di interessi ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 36/2023, così come la sussistenza di una causa di esclusione ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. b) del Codice, è attività rimessa all'esclusiva competenza della stazione appaltante, alla quale spetta, secondo le norme citate, l'adozione di tutte le misure necessarie ad evitare le situazioni di conflitto d'interesse e valutare la situazione concreta sulla base di prove specifiche - possono formare oggetto di valutazione da parte dell'ente, gli elementi emersi in sede di verifica svolta dallo stesso nel caso di specie, con particolare riguardo: (i) all'estraneità del consigliere comunale interessato, dalla procedura di gara, non avendo lo stesso svolto alcun ruolo nella formazione degli atti di gara né nello svolgimento della stessa; (iii) al fatto che il medesimo consigliere comunale (secondo gli accertamenti svolti dalla stazione appaltante) risulti estraneo alla compagine della società partecipante alla gara, non figurando tra i titolari di quote sociali, né tra i soggetti titolari di cariche sociali o ruoli all'interno della società medesima. Circostanze, queste, che possono costituire indizi dell'insussistenza, nel caso di specie, da un lato, del conflitto di interessi in capo al consigliere comunale rispetto alla procedura di gara, dall'altro, del pericolo di una potenziale asimmetria informativa di cui abbia potuto godere l'operatore economico interessato ai fini dell'esclusione della gara dello stesso (nei termini sopra illustrati).

Si ribadisce, in ogni caso, che è rimessa all'esclusiva competenza dell'Amministrazione comunale la verifica, in concreto, della possibile influenza, anche indiretta, del Consigliere comunale nel procedimento di gara.

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra, in ottica di ausilio per la stazione appaltante, che il caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, per le motivazioni sopra illustrate, principalmente riferite all'estraneità, dalla compagine sociale dell'impresa partecipante alla gara, del Consigliere comunale interessato, sembra non riguardare l'applicazione dell'art. 63, comma 1, n. 2, del d.lgs.

267/2000, ai sensi quale non può ricoprire la carica (tra l'altro) di consigliere comunale «colui che, come titolare, amministratore, dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento ha parte, direttamente o indirettamente, in servizi, esazioni di diritti, somministrazioni o appalti, nell'interesse del comune o della provincia, ovvero in società ed imprese volte al profitto di privati, sovvenzionate da detti enti in modo continuativo, quando le sovvenzioni non siano dovute in forza di una legge dello Stato o della regione, fatta eccezione per i comuni con popolazione non superiore a 3.000 abitanti qualora la partecipazione dell'ente locale di appartenenza sia inferiore al 3 per cento e fermo restando quanto disposto dall'articolo 1, comma 718, della legge 27 dicembre 2006, n. 296».

L'art. 63 sopra richiamato «disciplina le cc.dd. incompatibilità d'interessi, le quali hanno la finalità di impedire che possano concorrere all'esercizio delle funzioni dei consigli comunali soggetti portatori di interessi confliggenti con quelli del comune o i quali si trovino comunque in condizioni che ne possano compromettere l'imparzialità (cfr. Corte costituzionale, sentenza 20 febbraio 1997, n.44; Id., sentenza 24 giugno 2003, n.220). In particolare, l'ipotesi prevista dal comma 1, n. 2), del menzionato art.63, è ravvisabile in presenza di un duplice presupposto: il primo di natura soggettiva ed il secondo di natura oggettiva. Sul piano soggettivo, è necessario che l'interessato rivesta la qualità di "titolare" (ad esempio, di impresa individuale) o di "amministratore" (ad esempio, di società di persone o di capitali) ovvero di "dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento", quale può essere, a titolo esemplificativo, l'istitutore o il procuratore di un'impresa commerciale o il direttore generale di una società per azioni. L'ampia formulazione della norma dimostra che le menzionate qualità soggettive devono risolversi, in definitiva, in poteri di gestione e/o di decisione relativamente all'appalto. Dal punto di vista oggettivo, è necessario che l'amministratore locale, rivestito di una di tali qualità, in tanto può considerarsi incompatibile, in quanto abbia parte in servizi nell'interesse del comune. L'espressione "avere parte" è qui usata per indicare una situazione di potenziale conflitto del soggetto titolare dell'interesse particolare rispetto all'esercizio imparziale della carica elettiva (...)» (parere Ministero dell'Interno del 13.05.2022).

Elementi, quelli sopra indicati, che non sembrano ravvisabili nella fattispecie in esame, alla luce dell'estraneità del Consigliere comunale interessato, dalla compagine sociale dell'impresa partecipante alla gara.

Ciò posto, «in conformità al generale principio per cui ogni organo collegiale è competente a deliberare sulla regolarità dei titoli di appartenenza dei propri componenti, la verifica delle cause ostative all'espletamento del mandato è compiuta con la procedura prevista dall'art. 69 del decreto legislativo 267 del 18 agosto 2000 che garantisce il contraddittorio tra organo e amministratore, assicurando a quest'ultimo l'esercizio del diritto di difesa e la possibilità di rimuovere entro un congruo termine la causa di incompatibilità contestata (cfr. Corte di Cassazione sentenza n. 12809 del 2004), atteso che la valutazione della sussistenza della causa di incompatibilità è rimessa al Consiglio Comunale» (parere Min. Interno 8 giugno 2022).

Resta ferma, inoltre, la personale responsabilità politica e deontologica del consigliere comunale «tenuto, come tutti i pubblici amministratori, ad adottare comportamenti improntati all'imparzialità e al principio di buona amministrazione e ad astenersi, pertanto, dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti propri interessi, in virtù di quanto espressamente disposto dall'articolo 78 commi 1 e 2 del Tuel» (parere Min. Interno del 13 maggio 2022).

Con riguardo a tale ultimo profilo, si sottolinea infatti che ai sensi dell'art. 78 del d.lgs. 267/2000 vige, per tutti gli amministratori locali, l'obbligo di astensione qualora gli stessi vengano a trovarsi in posizione di conflitto, in quanto portatori di interessi personali, diretti o indiretti, in

contrasto potenziale con quello pubblico. La disposizione sopra richiamata stabilisce, infatti, (tra l'altro) al comma 2 che «Gli amministratori di cui all'articolo 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. L'obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado». L'art. 77 comma 2 del TUEL ricomprende, nella definizione di amministratore locale, ai fini dell'applicazione degli artt. 78 e ss. anche il consigliere comunale.

L'obbligo di astensione fissato dal citato art. 78, trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e trasparenza che devono caratterizzare l'azione amministrativa ai sensi dell'art. 97 della Costituzione. Tale dovere di astensione sussiste in tutti i casi in cui gli amministratori versino in situazioni, anche potenzialmente, idonee a porre in pericolo la loro assoluta imparzialità e serenità di giudizio. Pertanto, come chiarito dall'Autorità, con la disposizione richiamata, il legislatore ha «indicato quale misura obbligatoria con funzione preventiva l'astensione dalla partecipazione alla decisione del soggetto interessato, salvo il caso in cui l'atto da adottare abbia carattere normativo o amministrativo generale tale da non consentire un riconoscimento immediato dell'interesse privato di cui l'amministratore pubblico sia eventualmente titolare. La disposizione richiamata è stata interpretata in senso rigoroso dalla giurisprudenza, che ha rinvenuto un dovere di astensione in capo al componente del Consiglio comunale "in tutti i casi in cui, per ragioni di ordine obiettivo, egli non si trovi in posizioni di assoluta serenità rispetto alle decisioni da adottare di natura discrezionale, con la precisazione che il concetto di "interesse" del consigliere alla deliberazione 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 all'adozione di una delibera" (cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 4806/2014 e n. 693/2011)» (Atto del Presidente del 26.3.2024 - Fasc. 1225/2024).

Alla luce di quanto sopra esposto, ferma restando la competenza dell'Amministrazione per ogni accertamento, nel merito, delle ipotesi riconducibili all'art. 78, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000 (come indicato nell'Atto del Presidente richiamato), la fattispecie prospettata potrebbe ricondursi all'art. 78, comma 2, primo periodo d.lgs. n. 267/2000, laddove il soggetto interessato, nell'ambito degli organi rappresentativi dell'ente, sia chiamato a prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere eventualmente riguardanti lo svolgimento del rapporto contrattuale con la società sopra indicata (in caso di aggiudicazione dell'appalto in favore della stessa), con conseguente dovere di astensione dello stesso ai sensi della disposizione citata.

Con riferimento a quanto sopra, si invita, in ogni caso, l'Amministrazione comunale, all'adozione di ogni misura ritenuta idonea al fine di evitare possibili conflitti di interesse nell'ente, individuando nel PTPCT specifiche misure per prevenirli.

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta Amministrazione ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente