



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento servizio trasporto con ambulanza – art. 16 d.lgs. 36/2023 - richiesta parere.

UPREC-CONS-0142-2024-FC

FUNZ CONS 61/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 22 luglio 2024 ed acquisita al prot. Aut. n. 86138 e con successiva nota del 3 ottobre 2024, acquisita al prot. n. 114523, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva 17 giugno 2024 si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 20.11.2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta 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 Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il quesito posto riguarda la procedura di affidamento indicata in oggetto, indetta dal Consorzio richiedente, nell'ambito della quale è emerso, per una delle Associazioni invitate, un possibile conflitto di interessi. In particolare,OMISSIS..... è al tempo stesso componente del Consiglio di amministrazione del Consorzio richiedente (stazione appaltante) che, in tale veste, avrebbe votato delibere di approvazione dei bilanci, il piano di programma ed altri atti nei quali sono stati articolati i servizi oggetto di affidamento. Circostanza, questa, dalla quale deriverebbe una "asimmetria informativa" in capo alla suindicata Associazione di volontariato concorrente.

Per quanto sopra, quindi, la stazione appaltante chiede all'Autorità di chiarire se la situazione descritta configuri un'ipotesi di conflitto di interessi ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 36/2023.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, sembra opportuno richiamare, in primo luogo, i chiarimenti forniti dall'Autorità in ordine alla disciplina in materia di conflitto di interessi dettata dal d.lgs. 36/2023, nel parere di funzione consultiva 42/2024.

In tale pronuncia, infatti, è stato osservato che il d.lgs. 36/2023 disciplina le situazioni di conflitto di interesse all'art. 16 che, secondo quanto chiarito nella Relazione Illustrativa del Codice, semplifica la disciplina in materia ed elimina «*norme presenti in altra parte dell'ordinamento (ad esempio, nel piano anticorruzione, o nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici – d.P.R. n. 62 del 2013) evitando confusioni e sovrapposizioni*».

Dispone quindi il citato art. 16 che «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 altresì 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 disposizione dell'art. 16 citato, come sottolineato dal giudice amministrativo, ha codificato le acquisizioni giurisprudenziali in materia di conflitto di interessi formatesi nella vigenza del d.lgs. 50/2016, secondo le quali «...l'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, sul versante soggettivo, va interpretato in senso ampio, nel senso che il riferimento alla nozione di "personale della stazione appaltante" (le cui vicende soggettive rilevano ai fini dell'applicazione della normativa in tema di conflitto di interesse) non resti limitato ai soli soggetti che intrattengono con l'amministrazione rapporti di lavoro dipendente. Al contrario, tale nozione va riferita (e in modo più ampio) a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di validamente impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna (Consiglio di Stato Sez. V, 11/07/2017, n. 3415)» (Consiglio di Stato n. 9850/2023).

In coerenza con tale indirizzo, l'art. 16 del nuovo Codice, 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.

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 Prec142/2022).

Occorre aggiungere a quanto sopra che 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. 95, comma 1, lett. b) del d.lgs. 36/2023 (che ha sostituito l'art. 80, comma 5, lett. d) del Codice), *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, e con specifico riferimento al quesito posto, sembra utile osservare che secondo l'Autorità «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).

In tale nozione ampia del conflitto di interessi, come oggi codificata dall'art. 16 del d.lgs. 36/2023, può rientrare il caso in cui vi sia coincidenza tra il direttore generale della compagine concorrente alla gara e un componente dell'organo di vertice della stazione appaltante, alla luce della potenziale *asimmetria informativa* di cui abbia potuto godere tale compagine, grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri concorrenti per il tramite del componente dell'organo di vertice della stazione appaltante, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio.

Sotto tale profilo, secondo l'avviso giurisprudenziale richiamato, ciò che rileva, ai fini della sussistenza del conflitto di interessi, sarebbe il collegamento con la società in base ad elementi oggettivi e la possibilità di accedere (peraltro in anticipo rispetto agli altri concorrenti) alle informazioni e/o alla documentazione di gara (Cons. Stato n. 6150/2019).

Resta fermo, in ogni caso, che la valutazione della specifica fattispecie di conflitto di interessi ai sensi dell'art.16 del d.lgs. 36/2023 è rimessa all'esclusiva competenza della stazione appaltante, alla quale spetta – secondo il comma 4 della disposizione citata – 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.

Per quanto sopra, «l'esclusione del concorrente nelle ipotesi di conflitto d'interesse non è automatica. Spetta alla stazione appaltante adottare preventivamente tutte le misure necessarie a evitare situazioni di conflitto d'interesse e valutare la situazione concreta sulla base di prove specifiche. I rapporti societari e professionali fra il soggetto incaricato dalla stazione appaltante e l'operatore economico costituiscono indizi presuntivi di un conflitto d'interesse. Spetta ai soggetti coinvolti fornire prove concrete che non vi è stata violazione del principio delle pari opportunità per gli offerenti nella formulazione delle offerte e che non si è determinato alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza» (parere Prec 339/2023).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette a codesta stazione appaltante 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