



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento del servizio di vigilanza armata della sede delOMISSIS..... - applicazione art. 42 d.lgs. 50/2016 - Richiesta parere.

Funz. Cons. 5/2021

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 22 ottobre 2020, acquisita al prot. Aut. n. 78478, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 17 novembre 2021, 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 del 28 giugno 2017.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa alla sussistenza di un conflitto di interessi ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 50/2016 in capo al RUP della gara indicata in oggetto, nel caso prospettato dall'Amministrazione, si richiama l'art. 42 citato, il quale prevede al comma 2 che «Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62».

Ai sensi della disposizione del d.p.r. 62/2013 da ultimo citata, inoltre «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 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».

Come può evincersi dalle disposizioni richiamate, l'istituto del conflitto di interesse riguarda il caso in cui si verifichi una situazione di contrasto o di incompatibilità, *anche solo*

potenziale, tra un determinato soggetto e la funzione che egli esercita, dovuta a un interesse finanziario, economico o altro interesse personale (delibera Anac n. 864 del 2 ottobre 2018).

Più in dettaglio, come chiarito dall'Autorità con Linee Guida n. 15 recanti «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», approvate con delibera n. 494 del 5 giugno 2019 (e alle quali si rinvia), l'articolo 42 del Codice riguarda il caso in cui «la sussistenza di un interesse personale in capo ad un soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante, che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito, è *potenzialmente idonea a minare l'imparzialità e l'indipendenza della stazione appaltante nella procedura di gara*». In altre parole, tale situazione si verifica quando *decisioni che richiedono imparzialità di giudizio sono adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico*. Come specificato nella Relazione illustrativa, l'interesse personale dell'agente deve essere tale da comportare la sussistenza di *gravi ragioni di convenienza all'astensione* (delibera n. 132/2021 – prec 24/2021/S).

Anche la giurisprudenza ha avuto modo di osservare che le ipotesi di cui all'art. 42, comma 2, del Codice si riferiscono a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale e si verificano quando il "dipendente" pubblico (ad esempio, il Rup ed i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, esecuzione contratto e collaudi) ovvero colui (anche un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è *portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni* (Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415). «La definizione normativa, del resto, appare coerente con lo *ius receptum* per cui le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della pubblica amministrazione, ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o meno un risultato illegittimo (Cons. Stato, VI, 13 febbraio 2004, n. 563). Infine, giova ricordare che ai fini della configurazione di una situazione anche potenziale di conflitto di interessi ex art. 42 del Codice, sono richieste verifiche in concreto e "prove specifiche", mentre non è sufficiente effettuare mere ipotesi congetturali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2019, n. 2511; TAR Veneto, sez. I, 23 settembre 2019, n. 1021)» (in tal senso delibera n. 80/2020, prec 222/19/S).

Nelle citate linee guida n. 15, è stato evidenziato, quindi, che all'atto dell'assegnazione all'ufficio, i dipendenti pubblici devono rendere la dichiarazione di cui all'articolo 6, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 62/2013, per quanto a loro conoscenza. Tale dichiarazione comprende anche i casi di conflitti di interessi, anche potenziali, in capo al *responsabile del procedimento* e ai dipendenti competenti ad adottare pareri, valutazioni tecniche, atti endoprocedimentali e il provvedimento finale. *Il RUP rilascia la dichiarazione sui conflitti di interesse al soggetto che lo ha nominato e/o al superiore gerarchico*.

Pertanto, il responsabile dell'ufficio di appartenenza del soggetto interessato o, nel caso di dirigente, il superiore gerarchico, «è *chiamato a valutare, in contraddittorio con il dichiarante, se la situazione segnalata ai sensi dei paragrafi 6 e 7 o comunque accertata realizzi un conflitto di interessi idoneo a ledere l'imparzialità dell'azione amministrativa*. (...)

8.4 La valutazione della sussistenza di un conflitto di interessi viene effettuata tenendo in considerazione le ipotesi previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica n. 62/2013 e ogni altro caso in cui sussistano i presupposti di cui al paragrafo 2. In particolare, *occorre valutare se la causa di astensione sia grave e metta in pericolo l'adempimento dei doveri di integrità, indipendenza e imparzialità del dipendente, considerando, altresì, il pregiudizio che potrebbe derivare al decoro e al prestigio dell'amministrazione di appartenenza. La stazione appaltante deve valutare tutte le circostanze del caso concreto, tenendo conto della propria organizzazione, della specifica procedura espletata nel caso di specie, dei compiti e delle funzioni svolte dal dipendente e degli interessi personali dello stesso.* 8.5 Nel caso in cui il soggetto di cui al punto 8.3 *accerti la sussistenza di un conflitto di interesse idoneo a ledere l'imparzialità dell'azione amministrativa, lo stesso affida il procedimento ad un diverso funzionario dell'amministrazione oppure, in carenza di idonee figure professionali, lo avoca a sé stesso.* Inoltre, tenuto conto della natura e dell'entità del conflitto di interesse, del ruolo svolto dal dipendente nell'ambito della specifica procedura e degli adempimenti posti a suo carico, può adottare ulteriori misure che possono consistere: 1. nell'adozione di cautele aggiuntive rispetto a quelle ordinarie in materia di controlli, comunicazione, pubblicità; 2. nell'intervento di altri soggetti con funzione di supervisione e controllo; 3. nell'adozione di obblighi più stringenti di motivazione delle scelte adottate, soprattutto con riferimento alle scelte connotate da un elevato grado di discrezionalità».

La valutazione della specifica fattispecie di conflitto di interessi ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 7 del d.p.r. 62/2013 sopra richiamati, pertanto, anche in base alle indicazioni contenute nelle Linee guida n. 15, è rimessa al responsabile dell'ufficio di appartenenza del soggetto interessato o, nel caso di dirigente, al superiore gerarchico, il quale – ove accerti la sussistenza di un conflitto di interesse idoneo a ledere l'imparzialità dell'azione amministrativa – è tenuto ad adottare le misure indicate nelle medesime linee guida dell'Autorità.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta Amministrazione regionale 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

Atto firmato digitalmente il 25 novembre 2021