



L'Autorità Nazionale Anticorruzione, con la delibera n. 303 del 27 giugno 2023 (Fascicolo 1155/2023, depositato il 6 luglio), illustra il conflitto di interessi nella realizzazione di 200 copie di fumetti, affidato in via diretta<sup>1</sup> da un direttore di un museo ad un operatore economico, di cui il suo superiore

gerarchico era possessore *pro quota* di partecipazione (in una società familiare per il 10%).

## Fatto

Emerge dall'attività istruttoria che la dichiarazione dell'assenza del conflitto di interessi del RUP veniva sottoscritta non con firma digitale e non risultava protocollata: la dichiarazione viene resa per quanto a conoscenza del soggetto interessato e riguardano ogni situazione (potenzialmente) idonea a porre in dubbio la sua imparzialità e indipendenza (un reale "*turbamento*" o "*offuscamento*" del principio di cui all'art. 97 Cost., quell'equidistanza "*valoriale*" da tutti coloro che vengano a contatto con il potere pubblico<sup>2</sup>).

Su questo ultimo aspetto, il PNA 2022, alla sez. *Conflitti di interessi in materia di contratti pubblici (punto 3. Le misure di prevenzione, punto 3.1. Le dichiarazioni)* annovera la dichiarazione del RUP, quale principale misura per la gestione del conflitto di interessi, soggetta a successive verifiche e valutazioni svolte dall'Amministrazione connesse all'obbligo di astensione in caso di sussistenza del conflitto, rilevando che deve essere presentata per ogni procedura di gara (ovvero, aggiornata, anche in sede di esecuzione)<sup>3</sup>, acquisita a protocollo e conservata agli atti<sup>4</sup>.

Nel caso dell'affidamento diretto, procedure *ex se* che presenta margini elevati di discrezionalità, l'incertezza della data della dichiarazione comporta il sospetto della sua non genuinità, nel senso che non sia stata formata nel momento antecedente l'espletamento della gara, operando (forse) in conflitto di interessi.

## Il conflitto di interessi

Va rammentato che il conflitto di interessi viene solitamente definito come quella condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una Pubblica Amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidata ad un funzionario che è contestualmente titolare di interessi personali o di terzi (c.d. secondari), la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse

<sup>1</sup> Nello specifico un affidamento, ai sensi dell'art. 36, *Contratti sotto soglia*, comma 2 lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio, consistente in un apposito scambio di lettere, tramite posta elettronica certificata, ex art. 32, *Fasi delle procedure di affidamento*, comma 14 del cit. d.lgs. e diretto extra MePA, previa consultazione di tre soggetti.

<sup>2</sup> Cons. Stato, comm. spec., n. 667 del 2019, sullo schema di *Linee guida ANAC in materia di conflitti di interesse nell'affidamento dei contratti pubblici*, idem Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2023, n. 4244.

<sup>3</sup> Cfr. punto 6.3. delle LL.GG. ANAC n. 15/2019, *Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, e dei commissari di gara, ex comma 9, dell'art. 77, del d.lgs. 50/2016, da rendere al momento di accettazione dell'incarico.

<sup>4</sup> Cfr. il punto 1.4. *Conflitto di interessi* della parte III del PNA 2019.

funzionalizzato (c.d. primario)<sup>5</sup>: operare in conflitto di interessi significa agire nonostante sussista o sia anche soltanto potenziale una situazione del genere<sup>6</sup>.

Quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, il tessuto normativo intende evidenziare che il conflitto di interesse opera indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, ossia esiste a prescindere che a esso segua o meno una condotta impropria: trattasi di una situazione e non di un comportamento<sup>7</sup>.

Ne consegue, in questo processo di cangiante etica pubblica, che l'obbligo di astensione, ingenerato dalla situazione di conflitto di interessi, costituisca una manifestazione estesa ed esplicita del principio di imparzialità sancito non solo dall'art. 97 Cost. ma immanente in una molteplicità di canoni costituzionali (quali ad esempio gli artt. 3, 54, 98 Cost.) e, pertanto, le ipotesi di astensione obbligatoria (disseminate in ulteriori norme giuridiche, ex art. 6 *bis* della legge n. 241/1990; ex art. 11, comma 1, del d.P.R. n. 487/1994; ex art. 7 del d.P.R. n. 62/2013; ex artt. 51 e 52 del codice di procedura civile) non siano tassative, e come tali da interpretarsi restrittivamente, ma piuttosto esemplificative di circostanze che mutano l'attitudine a generare il dovere di astensione direttamente dal superiore principio di imparzialità, che ha carattere immediatamente e direttamente precettivo<sup>8</sup>.

Va aggiunto, che sul versante delle conseguenze giuridiche del mancato rispetto di questo obbligo, la mancata astensione del funzionario comporta una illegittimità procedimentale che incide sulla legittimità dell'atto finale, a meno che non venga (secondo un'interpretazione isolata) rigorosamente dimostrato che la situazione d'incompatibilità del funzionario non ha in alcun modo influenzato il contenuto del provvedimento facendolo divergere con il fine di interesse pubblico<sup>9</sup>.

## **Il conflitto di interessi nelle procedure di gara**

L'Autorità, dopo aver chiamato le norme di riferimento, si sofferma sull'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016 (ora art. 16 del d.lgs. n. 36/2023) evidenziando che tale obbligo grava sui soggetti (categoria indistinta, inclusiva di tutti coloro che operano all'interno del ciclo di vita) che con il proprio operato sono concretamente in grado di incidere sulla selezione dell'operatore economico affidatario e che potrebbero avere, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o "*altro interesse personale*" (categoria di chiusura) nell'ambito di una procedura di gara<sup>10</sup>.

Aspetto, che con riferimento ad un dipendente pubblico (quello della stazione appaltante) si collega all'art. 7 del dpr n. 62/2013 con l'obbligo di astensione nella sua formulazione estesa, e di converso l'obbligo di segnalazione immediata e arresto procedimentale in attesa di un riscontro del soggetto titolato alla competenza "*sostitutiva*" (quello che valuta la presenza o meno del conflitto, e ne dispone l'esito, anche avocativo): una misura

---

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2023, n. 4129.

<sup>6</sup> Cons. Stato, sez. V, 9 luglio 2015, n. 3443.

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415 e 14 maggio 2018, n. 2853; sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577.

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5239.

<sup>9</sup> Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2022, n. 2069.

<sup>10</sup> In caso di affidamento diretto, soprattutto in ragione del maggior ambito applicativo previsto dall'art. 1, comma 1, lett. a), del d.l. n. 76/2020 (che ha modificato le soglie di cui all'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016), la stazione appaltante è tenuta ad una scrupolosa applicazione delle regole poste a presidio e prevenzione del conflitto di interesse (ex artt. 42 e 80, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016), in quanto trattasi di procedure peculiari, caratterizzate da un ridotto o assente confronto competitivo e nelle quali l'operatore economico è scelto discrezionalmente e direttamente dal personale della stazione appaltante, ANAC, delibera n. 377 del 27 luglio 2022.

obbligatoria che deve essere presente nei PTPCT o PIAO (sez. *Rischi corruttivi e trasparenza*) con la quale si presidia, previene e gestisce possibili situazioni di rischio.

Il comma 2, dell'art. 16, *Conflitto di interessi*, del cit. d.lgs. 36, richiede che, «*in coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa*», venga fornita la prova circostanziata della «*percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza*», prova concreta «*sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro*».

L'esigenza probatoria, oltre che soffermarsi sui fatti causali (il nesso con la condotta), va collegato alla verifica *ex ante* dell'assenza del conflitto che, secondo le stesse (datate) Linee Guida ANAC n. 15 e la delibera ANAC n. 377/2022, evidenziano un aspetto istruttorio di corretta (e preventiva) conservazione della dichiarazione, funzionale alla successiva verifica delle dichiarazioni stesse in modalità digitale (con la certezza dell'identità e del momento della sottoscrizione), ovvero con firma analogica adeguatamente protocollata: in assenza di una modalità digitale o di un numero di protocollo «*è del tutto aleatorio ed assolutamente incerto il momento in cui la dichiarazione è stata rilasciata e non è quindi possibile verificare se la stessa sia stata contestuale all'affidamento*».

In termini diversi, la *ratio* della dichiarazione da fornire (depositare) prima di assumere le funzioni, di componente della commissione di gara o istruttorie, responsabilizza il dipendente, facendogli assumere (consapevolezza) tutte le conseguenze, di qualsivoglia natura, in caso di falsa dichiarazione (dove, eventualmente la natura dolosa), ed è strumentale all'emersione di astratti conflitti di interesse che è precipuo compito (adempimento doveroso) dell'Amministrazione valutare, costituendo, detta valutazione, una specifica modalità di gestione del rischio, la cui omissione, comporta una violazione al comma 5, dell'art. 42, del d.lgs. n. 50/2016<sup>11</sup>.

Nelle procedure semplificate, il comma 1 dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, richiama espressamente l'operatività dell'art. 42 del Codice dei contratti pubblici, che assume una particolare importanza in riferimento agli affidamenti diretti.

### **Le osservazioni del caso**

L'affidamento del servizio/fornitura per la «*Realizzazione di n. 200 copie del fumetto dedicato al fossile*» alla casa editrice, di cui è proprietario per il 10% il proprio superiore gerarchico, si appalesa non rispettoso dell'obbligo di astensione, specie ove venga accertato, dalla consultazione di fonti aperte, che «*gli stessi hanno prestato servizio*» in ambiti lavorativi comuni.

Viene richiamato, infine, la violazione del comma 5, lettera d), dell'art. 80, *Cause di esclusione*, del d.lgs. 50/2016 («*la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile*»), che impongono alle stazioni appaltanti l'obbligo di verificare i requisiti generali del concorrente, tra i quali la situazione di conflitto di interesse, seppure con talune semplificazioni procedurali per gli affidamenti di minore importo: la società affidataria, in sede di affidamento, nel compilare il DGUE, avrebbe dovuto indicare, nella sezione relativa al conflitto di interessi, la circostanza per cui il superiore gerarchico è proprietario della società (dell'operatore economico) per una quota del 10%.

L'intera vicenda porta ANAC a rilevare due criticità che hanno minato il prisma della trasparenza della procedura di affidamento:

---

<sup>11</sup> ANAC, Delibera n. 273 del 7 giugno 2022.

- l'incertezza sulla dichiarazione di conflitto di interessi del RUP;
- la mancata dichiarazione dell'operatore economico del conflitto di interessi.

### Considerazioni

Il pronunciamento nella sua linearità mostra che le misure a presidio della corruzione esigono da una parte (quella della stazione appaltante), la protocollazione delle dichiarazioni sull'assenza del conflitto di interessi (non, pertanto, una mera formalità della tela normativa), dall'altra (quella dell'operatore economico), di rendere tutte le dichiarazioni, compresa quella riferita alla partecipazione *pro quota* di un dipendente pubblico (un'omissione ritenuta rilevante).

Ancora una volta viene segnalata, in ogni caso, che l'attività negoziale di scelta del contraente, anche a fronte di procedure semplificate e di importo contenuto, necessita di trasparenza, evitando di indurre a ritenere che vi siano elementi di privilegio nella scelta del contraente (*rectius* mancata concorrenza a fronte di una preferenza), senza entrare nella sostanza della sua effettività: il valore reale della concorrenza nei termini del prezzo più basso o, in alternativa, della migliore proposta (rapporto) tra qualità e prezzo.

Nell'attuale conformazione della fonte sul conflitto di interessi (quella del Codice dei contratti in funzione degli obblighi PNRR, in armonia con gli orientamenti comunitari)<sup>12</sup> esigerebbe la dimostrazione dell'utilità privata a fronte di un affidamento di valore minimo e di un raffronto tra più offerte (superiori): ma, come scrivono nella tradizione scolastica delle antiche laudi (*dura lex sed lex*), è il principio che vale: l'*ethos* greco.

---

<sup>12</sup> Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulla prevenzione e sulla gestione dei conflitti d'interessi a norma del regolamento finanziario* (2021/C 121/01).