

REALIZZATO CON IL SOSTEGNO DI



**UNIONE EUROPEA**  
Fondo sociale europeo



Regione  
Lombardia



POR FSE 2014-2020 / OPPORTUNITÀ E INCLUSIONE

## Competenze per la Legalità

Rafforzamento Competenze per contrastare Riciclaggio e Corruzione nella P.A.

# LA GESTIONE DEL CONFLITTO DI INTERESSI NEI CONTRATTI PUBBLICI

**Proposte operative per sviluppare competenze di valutazione del rischio di conflitto di interessi per il personale delle stazioni appaltanti**

di

Massimo Di Rienzo e Andrea Ferrarini

I PROMOTORI





## ABSTRACT

*Da molte parti viene espressa una certa preoccupazione per l'assenza di tassatività delle situazioni che danno vita ad un obbligo di astensione. E' nostra opinione che se si adottassero misure legislative o regolamentari tali da rendere "tassative" le situazioni di conflitto di interessi, avremmo certamente un beneficio immediato in termini di certezza del diritto, ma faremmo molti passi indietro in termini di cultura della gestione del rischio all'interno delle amministrazioni. Il conflitto di interessi, infatti, può essere valutato sia come vizio di legittimità di un procedimento, sia come fattore abilitante del rischio di corruzione e per questo indagato a livello dell'analisi e valutazione del rischio. In questo senso, l'articolo illustra due metodologie di valutazione delle situazioni di conflitto di interessi fondate sull'uso di "scenari" che integrano i due ambiti e rafforzano la cultura della gestione del rischio di corruzione nelle amministrazioni. Gli autori concludono raccomandando che la valutazione delle situazioni di conflitto di interessi deve diventare una competenza specifica del personale di una stazione appaltante, così come la gestione di tali situazioni deve essere in carico all'organizzazione.*



## 1. Premessa

Tutto inizia con il Libro dell'Esodo, il primo libro della Bibbia, che tratta dell'esperienza di Dio con gli uomini. Al capitolo 23 dedicato all'amministrazione della giustizia Dio stabilisce che il giudice: *“Non accetterà doni, perché il dono acceca chi ha gli occhi aperti e perverte anche le parole dei giusti”*.

La questione della minaccia all'imparzialità e dell'indipendenza di un “soggetto delegato”, cioè di un Agente pubblico, nasce proprio qui. Il giudice amministra la giustizia per conto di Dio. Ma se accetta di avere una relazione preferenziale con una parte in causa perde, davanti a Dio e davanti agli uomini, le sue principali prerogative: osservare dalla necessaria distanza i fatti ed affermare il verbo della giustizia.

Oggi diremmo che il giudice dovrebbe astenersi anche se, paradossalmente, le norme del codice civile e penale relative alle cause di astensione non prevedono l'accettazione dei doni offerte dalle parti e eventualmente accettate come esplicita causa di astensione (implicitamente le “gravi ragioni di convenienza” ricomprendono anche tali circostanze). L'articolo 4 del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, invece, prevede l'obbligo di non accettare compensi, regali o altre utilità, ma tale regola non viene esplicitamente associata alla minaccia all'imparzialità e all'indipendenza di un funzionario pubblico, ma più spesso (ed erroneamente) al solo pregiudizio dell'immagine dell'amministrazione.

L'obbligo di astensione è una misura limite, una *extrema ratio*, che deriva dalla impossibilità oggettiva per l'Agente pubblico di rimanere nel processo o procedimento. Tale impossibilità emerge da due diverse prospettive: la prima è riferita alla oggettiva limitazione della sua prerogativa (di osservare i fatti dalla necessaria distanza e affermare il verbo dell'interesse pubblico); la seconda è riferita al giudizio o al pregiudizio che un osservatore esterno (le parti, l'opinione pubblica, il giudice) può trarre dalla circostanza che un interesse diretto o indiretto dell'Agente pubblico potrebbe interferire nel processo/procedimento.

Nella prima prospettiva, noi diciamo che ciò che viene minacciata è l'*imparzialità*, cioè l'equidistanza della funzione amministrativa da ogni interesse in gioco e la garanzia di promozione, in via esclusiva, degli interessi primari.



Nella seconda prospettiva, noi diciamo che ciò che viene minacciata è la *percezione di imparzialità*, cioè un'aspettativa di fiducia che il soggetto Delegante o le altre parti in causa nutrono nell'azione imparziale di un'organizzazione pubblica.

L'ordinamento giuridico italiano stabilisce regole diverse in materia di astensione in riferimento alle diverse tipologie di Agenti pubblici (giudici civili<sup>1</sup> e penali<sup>2</sup>, funzionari e dirigenti<sup>3</sup>, Agenti che intervengono a qualsiasi titolo in procedure di gara<sup>4</sup>, ecc...) o alle diverse tipologie di procedimenti (processo civile e penale, procedimento amministrativo, procedura di gara). Questa diversità non rappresenta di per sé un problema rilevante stante il fatto che il legislatore può valutare se differenziare l'intensità delle misure da adottare al fine di rafforzare la protezione in alcuni ambiti in cui imparzialità e percezione di imparzialità devono essere massime<sup>5</sup>.

Ciò che è problematico, soprattutto per una cultura amministrativa come quella italiana fortemente orientata al formalismo giuridico, è una certa astrattezza delle cause di astensione, nonché la mancanza di "tassatività"<sup>6</sup> delle situazioni che portano all'astensione.

Sulla astrattezza, si lamenta la difficoltà ad interpretare in concreto locuzioni quali "*frequentazione abituale*" o "*grave inimicizia*" oppure la locuzione "*gravi ragioni di convenienza*" che apre un ventaglio di possibilità piuttosto indefinito ed indefinibile di situazioni.

Sulla mancanza di tassatività si è espresso il Consiglio di Stato<sup>7</sup> quando ha interpretato la locuzione "*in particolare*" contenuta nell'articolo 42 del codice dei contratti pubblici come una chiave esemplificativa delle situazioni che portano ad una eventuale astensione. E dunque, affermano i giudici di Palazzo Spada, *al di là delle disposizioni normative* deve ritenersi rilevante, ai fini dell'astensione, ogni situazione che determini un contrasto, anche solo potenziale, tra il soggetto e le funzioni attribuitegli.

<sup>1</sup> Codice di procedura civile. Art. 51 – Astensione del giudice.

<sup>2</sup> Codice di procedura penale. Art. 36 – Astensione.

<sup>3</sup> d.P.R n. 62 del 2013, Codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Art. 6, Comunicazione degli interessi finanziari e conflitti d'interesse; d.P.R n. 62 del 2013, Codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Art. 7, obbligo di astensione; Legge sul Procedimento amministrativo. Art. 6 bis Legge 241/90.

<sup>4</sup> D.lgs. n. 50/2016, Codice degli contratti pubblici. Art. 42, Conflitto di interesse.

<sup>5</sup> C'è da dire che alcune categorie di Agenti pubblici, come i politici, che sono particolarmente esposti al giudizio dell'opinione pubblica e dovrebbero garantire la massima percezione di imparzialità non sono attualmente sottoposti a particolari misure e questa circostanza determina una percezione di debolezza e incoerenza dell'intero impianto normativo.

<sup>6</sup> Cfr. Berrettini A., "*Conflitto di interessi e contratti pubblici: un difficile equilibrio tra (in)certezza del diritto e tassatività delle situazioni conflittuali*" in *Federalismi* 8 luglio 2020

<sup>7</sup> Cons. St., sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415.



Il tentativo di *ingabbiare* all'interno di rigide e predeterminate fattispecie giuridiche le situazioni di conflitto di interessi emerge da esigenze di certezza del diritto e anche di minaccia al buon andamento dell'amministrazione. La mancanza di tassatività sulle situazioni di conflitto di interessi produrrebbe una incertezza sulla legittimità dei procedimenti e delle procedure di gara, una vera e propria spada di Damocle, un ulteriore ostacolo "burocratico" al funzionamento della macchina amministrativa, con l'innalzamento delle controversie dinnanzi ai giudizi ed un progressivo "abbandono" delle Commissioni di gara da parte di Agenti pubblici timorosi o opportunisti.

Questo è certamente vero. Tuttavia, **se si adottassero misure legislative o regolamentari che rendessero "tassative" le situazioni di conflitto di interessi, avremmo certamente un beneficio immediato in termini di certezza del diritto, ma faremmo molti passi indietro in termini di cultura della gestione del rischio all'interno delle amministrazioni.**

Le situazioni che portano ad un obbligo di astensione, infatti, non sono fattispecie in sé rilevanti. Lo sono in quanto elementi o fattori di rischio che vanno valutati in termini di probabilità ed impatto all'interno di scenari<sup>8</sup> attuali o futuri in cui evolvono ed interagiscono anche altri elementi, come, ad esempio, il ruolo dell'Agente, la potenzialità di influenzamento in decisioni, attività o nella gestione delle informazioni.

## 1. La minaccia all'imparzialità

Esistono molteplici norme che si occupano di predeterminare la condotta dell'Agente pubblico che si trova in una situazione di conflitto di interessi. Le norme, di solito, si limitano a stabilire condotte, non ad inquadrare un fenomeno. E sembra un approccio davvero condivisibile, soprattutto nel caso del conflitto di interessi che è un fenomeno complesso e che coinvolge diverse discipline oltre a quella giuridica.

L'articolo 6 bis della Legge 241/90 sul procedimento amministrativo stabilisce che *"il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi,*

<sup>8</sup> Per chi vuole approfondire l'approccio di valutazione "per scenari": cfr. Ferrarini M., Di Rienzo M., ["L'uso degli scenari nella valutazione dei conflitti di interessi potenziali"](#), 2020, Spazioetico



*segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*". Nulla si dice su cosa sia un conflitto di interessi, né tantomeno, su cosa sia un conflitto di interessi potenziale.

Un'altra norma si spinge a *definire* la situazione di conflitto di interessi. E' il caso dell'articolo 42 del codice degli appalti: *"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"*.

L'articolo 42 del codice dei contratti dice molte cose, al contrario dell'art. 6 bis della 241/90. In questo caso, la "versione italiana" di questo dispositivo dice anche di più della originaria versione inglese. Tutti sanno che l'articolo 42 ha recepito le indicazioni delle Direttive 23, 24 e 25 – 2014 dell'Unione europea, che si occupano della complessa materia di armonizzare le discipline dei contratti pubblici e delle concessioni. La versione inglese dell'articolo 35 della Direttiva 23 dispone che si ha conflitto di interessi se l'Agente ha un interesse: *"which might be perceived to compromise their impartiality and independence in the context of the concession award procedure"*. La traduzione letterale, dunque, è: *"che potrebbe essere percepito tale da compromettere la sua imparzialità e indipendenza"*. Nella versione italiana dell'articolo della stessa Direttiva, invero, già appare il termine "minaccia". Una parola inserita, evidentemente, per introdurre un concetto affine al "compromise" inglese inteso come *"avere un effetto negativo su..."*<sup>9</sup>.

Una scelta linguistica, certo. Ma che sembra tradurre bene il concetto di "compromissione" del testo originale. Cosa è una minaccia del resto? In senso figurato, ricorda la Treccani, è un pericolo incombente, un annuncio più o meno esplicito di un male, di un danno.

Il termine "minaccia" per un verso rafforza l'idea dell'interesse di un Agente che, inserito all'interno di uno scenario come ad esempio un processo decisionale pubblico, potrebbe essere percepito come idoneo a comprometterne il risultato.

<sup>9</sup> Nella versione francese rimane il termine "compromettere" e non si fa accenno alla minaccia: *"qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité et leur indépendance dans le cadre de la procédure d'attribution de concession"*.



Questa idea di “*pericolo incombente*” è stata sostenuta anche dal Consiglio di Stato nel Parere del marzo 2019 sullo schema di Linee Guida ANAC sul conflitto di interessi nelle procedure di gara: “*Il conflitto di interessi è una situazione di pericolo in sé, e qualunque pericolo è per sua natura una potenza e non un atto. Il danno all’interesse funzionalizzato non si è ancora verificato (salvo quello all’immagine). Qualificare la natura del pericolo, e quindi del conflitto, come “situazione potenziale”, cioè ritenere che il Legislatore si sia voluto riferire a un “conflitto potenziale”, sarebbe quindi una tautologia*”.

Un’affermazione che, anche se tardiva, ha avuto il merito di tirare una linea di demarcazione finalmente definitiva tra il concetto di conflitto di interessi e la corruzione. L’idea che il conflitto di interessi è una situazione potenziale e non una condotta ha costituito certamente un significativo passo in avanti nella corretta interpretazione di questo complesso fenomeno.

La sovrapposizione tra conflitto di interessi e corruzione, oltre ad essere stata per lungo tempo sintomo della scarsa consapevolezza del fenomeno, non ha permesso una politica di emersione e gestione delle situazioni all’interno delle amministrazioni.

Purtroppo, questa diversa percezione del fenomeno non ha avuto ancora particolari effetti sul piano organizzativo, né tantomeno culturale. L’attuale configurazione della gestione del conflitto di interessi è assai discutibile, tutta centrata su procedure di emersione formali e burocratiche che non prendono in alcuna considerazione né la consapevolezza degli agenti pubblici, né quella delle amministrazioni che dovrebbero gestirli.

Una certa “deriva formalistica” nella gestione del conflitto di interessi è ravvisabile anche nelle valutazioni della giurisprudenza amministrativa che sembra non aver colto le innovazioni prodotte dall’articolo 42 del codice dei contratti pubblici.

La conformazione testuale dell’articolo permette, per la prima volta, di costruire un “*metodo di valutazione*” che prenda in considerazione diversi aspetti quali: la qualità dell’Agente e la potenzialità di influenzamento in un processo organizzativo che va considerato nella sua ampiezza; la natura e l’intensità degli interessi e delle relazioni che corrono sugli interessi; i diversi punti di vista da cui operare una valutazione e, cioè, il punto di vista dell’Agente stesso e della sua organizzazione ed il punto di vista degli “osservatori” esterni.

Questa “ricchezza” interpretativa non è rilevabile nei diversi approcci delle sezioni del Consiglio di Stato. Consideriamo le sentenze più recenti della Sezione V del Consiglio di Stato. Nella sentenza 6



maggio 2020, n. 2863 i giudici hanno ritenuto che: *«anche in questo caso manca ogni valutazione concreta rispetto alla situazione ipotizzata, ossia la dimostrazione del conflitto di interesse e del pregiudizio arrecato alla stazione appaltante tale da attivare l'annullamento d'ufficio: l'alterazione agli interessi istituzionali risiederebbe (in ipotesi) nella lesione della propria immagine il fatto di affidare contratti a società in cui un proprio dipendente abbia delle interessenze»*. La necessità di dimostrare in concreto il pregiudizio arrecato alla stazione appaltante è un'eco della sovrapposizione tra conflitto di interessi e corruzione che si pensava di aver ormai superato. Nel caso di specie, un Agente si trova al contempo a ricoprire un ruolo di vertice nell'Ente controllante affidatario e il ruolo di amministratore delegato dell'operatore economico controllato, destinatario dell'affidamento.

In una più recente sentenza, la n. 7462 del 27 novembre 2020, la sezione V del Consiglio di Stato afferma che, allo scopo di valutare una situazione di conflitto di interessi... *“non è sufficiente evocare il mero rapporto di "colleganza" ovvero di "conoscenza", in quanto espressione di un approccio congetturale”*. Nel fatto di specie, una gara per la gestione di un'area di sosta viene aggiudicata ad un ATI le cui componenti vedono come titolare e socio due soggetti che lavorano in qualità di operai per l'Ente che ha promosso la gara. Con la circostanza che i due Agenti sono distaccati proprio presso l'area di sosta. Il metodo di valutazione dei giudici è molto semplice: per definire “illegittima” la composizione di una commissione, occorre dimostrare che esistono legami di vicinanza o rapporti preferenziali e non “fare congetture” ipotetiche su tali rapporti per il solo fatto che i commissari sono dipendenti dello stesso datore di lavoro per cui prestano servizio i due Agenti che poi, in qualità di operatori economici si sono aggiudicati la gara<sup>10</sup>.

Un approccio diverso sembra essere perseguito dalla Sezione III del Consiglio di Stato. Nella sentenza 6299 del 7 novembre 2018 i giudici rilevano che: *“La disciplina dell'incompatibilità risulta arricchita di quei profili tendenti alla salvaguardia dell'immagine di imparzialità ed ad evitare che possa determinarsi un'oggettiva 'confusione' tra valutatore e concorrente, di per sé idonea ad appannare l'immagine di imparzialità e di buona amministrazione”*. Nel caso di specie, il figlio di un commissario di gara è dipendente di una società di lavoro interinale che lo ha distaccato presso l'impresa che si è aggiudicata la gara stessa, mentre un secondo commissario ha svolto attività lavorativa personalmente presso un'impresa candidata, sia pur quattordici anni addietro. I giudici

<sup>10</sup> Questo “metodo di valutazione” viene suggerito dal Consiglio di Stato nel parere del 5 marzo 2019, n. 667, par. 2.4. “In tal senso il Consiglio di Stato riporta come esempi un fidanzamento che si risolve in un matrimonio determinante la affinità con un concorrente o una pregressa frequentazione abituale (un vecchio compagno di studi) che ben potrebbe risorgere (dove la potenzialità) o comunque ingenerare dubbi di parzialità (dunque le gravi ragioni di convenienza)”.



affermano, inoltre: *“la compresenza nella medesima Commissione di due commissari legati (seppure in passato o indirettamente per tramite del figlio) alle imprese concorrenti rafforza la percezione di compromissione dell'imparzialità che, invece la disciplina vuole garantire al massimo livello, al fine di scongiurare il ripetersi nelle gare pubbliche di fenomeni distorsivi della par condicio e di una 'sana' concorrenza tra gli operatori economici”*.

Per la Sezione V il fatto che il dipendente di una stazione appaltante abbia interessi propri (interessenze) in una società che è risultata affidataria della S.A. stessa è una minaccia solo ipotetica e va dimostrato in concreto sia il conflitto di interessi, sia il pregiudizio arrecato alla stazione appaltante, mentre per la sezione III il fatto che un commissario abbia lavorato quattordici anni prima per un operatore economico che ha presentato un'offerta è una situazione potenzialmente idonea a minacciare la sua indipendenza di giudizio.

Da queste sentenze non emerge un *“ragionamento logico”* convincente, se non un richiamo alla concretezza, certamente opportuno visto il controverso ambito della contrattualistica pubblica, ma non sufficiente a fondare un sistema di valutazione univoco rispetto alla ricca casistica oggetto di contenzioso amministrativo e a fornire un orientamento agli interpreti così da ridurre l'incertezza da più parti denunciata.

La linea interpretativa del Consiglio di Stato in materia di conflitto di interessi, in teoria, è stata ampiamente illustrata nel Parere del Consiglio sullo Schema di Linee guida aventi ad oggetto *“Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici”*, in attuazione dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Si afferma che il conflitto di interessi è sempre potenziale, ma è possibile distinguere tra conflitti di interessi che emergono in situazioni *“conclamate, palesi e soprattutto tipizzate (quali ad esempio i rapporti di parentela o coniugio) che sono poi quelle individuate dall'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013”* e conflitti di interessi *“non conosciuti o non conoscibili, e soprattutto non tipizzati (che si identificano con le “gravi ragioni di convenienza” di cui al penultimo periodo del detto art. 7 e dell'art. 51 c.p.c.)”*.

In sostanza, per il Consiglio di Stato, *“la qualificazione “potenziale” e le “gravi ragioni di convenienza” sono espressioni equivalenti perché teleologicamente preordinate a contemplare i tipi di rapporto destinati, secondo l'id quod plerumque accidit, a risolversi (potenzialmente) nel conflitto per la loro identità o prossimità alle situazioni tipizzate”*. Non dobbiamo, insomma, guardare gli interessi, ma le relazioni su cui gli interessi corrono: *“le situazioni di “potenziale conflitto” sono,*



*quindi, in primo luogo, quelle che, per loro natura, pur non costituendo allo stato una delle situazioni tipizzate, siano destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato (ad es. un fidanzamento che si risolve in un matrimonio determinante la affinità con un concorrente) [...] Si devono inoltre aggiungere quelle situazioni le quali possano per sé favorire l'insorgere di un rapporto di favore o comunque di non indipendenza e imparzialità in relazione a rapporti pregressi, solo però se inquadrabili per sé nelle categorie dei conflitti tipizzati. Si pensi a una situazione di pregressa frequentazione abituale (un vecchio compagno di studi) che ben potrebbe risorgere (dove la potenzialità) comunque ingenerare dubbi di parzialità (dunque le gravi ragioni di convenienza).*

Possiamo tradurre questo complesso ragionamento: tutti i conflitti di interessi sono potenziali, perché fanno riferimento ai comportamenti possibili di un soggetto delegato. Tuttavia, si differenziano per le relazioni della sfera privata, su cui “corrono gli interessi”. In certi casi ricorrono situazioni “tipizzate“, che per loro natura generano interferenze e minacciano l'imparzialità del soggetto delegato; in altri, invece, troviamo situazioni non tipizzate, che tuttavia possono evolvere nel tempo e diventare “tipizzate”. Esse richiedono quindi una astensione per “gravi ragioni di convenienza”.

Questo modo di valutare ha un merito. Quello di introdurre il concetto di “*evoluzione*”, che è tipico di situazioni potenziali, cioè di eventi che non si sono ancora manifestati. Ma ha il limite di guardare solo alle “situazioni”, mentre l'articolo 42 del codice dei contratti sembra prendere in considerazione ulteriori elementi che “popolano” il campo di valutazione e che incidono fortemente sulla probabilità e l'impatto dell'evento rischioso.

## 2. L'utilizzo di scenari per valutare le situazioni di conflitto di interessi

Possiamo dare avvio alla nostra analisi, dicendo che la valutazione circa la sussistenza di un conflitto di interessi è sempre vincolata a uno scenario<sup>11</sup>. Il conflitto di interessi è sempre relativo ad un determinato soggetto (il soggetto delegato) e prende in considerazione la rete di relazioni di questo soggetto. Queste relazioni “sensibili” mettono in connessione il soggetto delegato con i Principali (es. dirigenti, politici, elettori), con i destinatari (gli utenti del suo ufficio, settore o servizio) e con gli altri Agenti (es. colleghi o personale di altre amministrazioni) presenti nella sua sfera professionale. Inoltre, queste relazioni lo mettono in connessioni con altri soggetti nella sua sfera privata.

<sup>11</sup> Per una approfondita presentazione del modello di valutazione, cfr: Ferrarini A., Di Rienzo M., “[L'uso degli scenari nella valutazione dei conflitti di interessi potenziali](#)”, SPAZIOETICO, Milano, gennaio 2021



I conflitti di interessi emergono negli scenari in associazione con i comportamenti possibili del soggetto delegato. Il soggetto, cioè, non ha ancora agito, ma se dovesse farlo potrebbe adottare dei comportamenti che potrebbero promuovere i suoi interessi secondari e minacciare gli interessi primari.

Per rendere più chiara questa costruzione teorica, possiamo valutare il caso della succitata sentenza n. 7462 del 27 novembre 2020 della sezione V del Consiglio di Stato. Come suggerisce anche il Consiglio di Stato, il conflitto di interessi è una situazione potenziale, uno scenario che non si è ancora manifestato, ma che fa parte dei tanti mondi possibili.

Il nostro obiettivo, come valutatori, è di indagare la prevedibilità di scenari in cui i vari elementi di un conflitto di interessi interagiscono in maniera tale da generare un'interferenza (e la caduta di un interesse primario).

La nostra attività deve essere tesa a valutare se un conflitto di interessi si sia manifestato nella realtà, così come farebbe un giudice amministrativo e, conseguentemente, annullare il provvedimento finale. Oppure come farebbe il Presidente di una commissione di gara che si trova a valutare se escludere o meno un concorrente.

Questo metodo di valutazione, peraltro, potrebbe essere adottato anche nella situazione (non applicabile al caso di specie) in cui un Agente sta valutando se dichiarare di essere in conflitto di interessi e proporre di astenersi. Così come potrebbe essere il metodo di valutazione del superiore gerarchico o del RPCT che si trova a valutare l'astensione del dichiarante.

A causa dell'elevato impatto organizzativo delle misure poste a presidio dell'imparzialità (astensione, annullamento della gara, esclusione del concorrente) siamo chiamati a valutare anche la prossimità di questo scenario con uno scenario di riferimento iniziale, in modo da *“assicurare la certezza dell'azione amministrativa e per evitare un pretestuoso ricorso ad elementi invalidanti che non sia basato su un effettivo conflitto di interessi”*<sup>12</sup>. Sviluppando una promettente intuizione contenuta nel più volte citato Parere del Consiglio di Stato indichiamo con *prossimità* la probabilità che uno scenario possa evolvere in un conflitto di interessi<sup>13</sup>. Accanto alla *probabilità*, un approccio *“risk-*

<sup>12</sup> Cons. St., sez. VI, 8 gennaio 2019, n. 178

<sup>13</sup> Il Parere fa riferimento alla prossimità delle situazioni tipizzate, mentre noi facciamo riferimento alla prossimità di uno scenario in cui oltre alle situazioni possono evolvere anche altri elementi; *“la qualificazione “potenziale” e le “gravi ragioni di convenienza” sono espressioni equivalenti perché teleologicamente preordinate a contemplare i tipi di rapporto destinati, secondo l’id quod plerumque accidit, a risolversi (potenzialmente) nel conflitto per la loro identità o prossimità alle situazioni tipizzate”*.

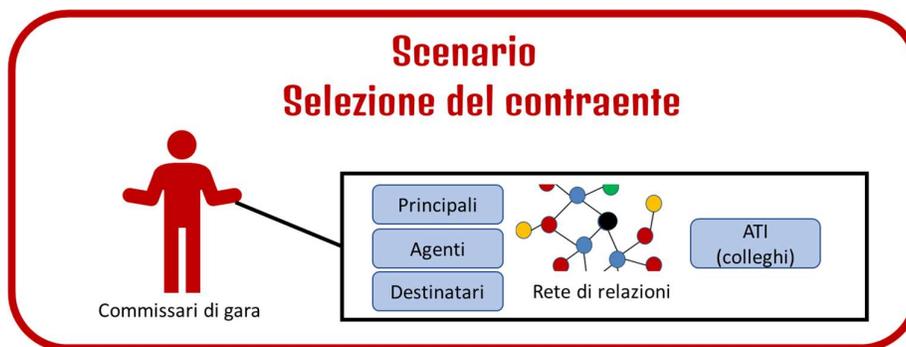


based” raccomanda di valutare anche l’*impatto* che una tale situazione determina. Ebbene, l’impatto si valuta sul potenziale danno all’immagine e alla reputazione dell’azione amministrativa.

I giudici si esprimono, come noto, sulla base dei motivi del ricorso. Il ricorrente, in questo caso deduce l’illegittimità della composizione della commissione di gara formata da tutti dipendenti della stazione appaltante, unita al fatto che essa si era trovata a giudicare dell’offerta presentata da un “ex collega” (o tuttora collega), in violazione dell’art. 42, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, per conflitto di interesse, integrando, tale concomitanza di circostanze, fattispecie distorsiva della concorrenza e violazione del principio di parità di trattamento.

E concludono, in accordo con il giudice di primo grado che aveva affermato come non fosse sufficiente evocare il mero rapporto di “colleganza” ovvero di “conoscenza”, in quanto espressione di un approccio congetturale, che il conflitto non può sussistere in via astratta basandosi su un pregresso rapporto di colleganza in cui non era nemmeno dimostrato se i componenti della commissione di gara lavoravano nello stesso ufficio dei rappresentanti dell’impresa aggiudicataria, ma deve fondarsi per lo meno su indizi concreti che dimostrino la sussistenza di un interesse comune tra concorrenti e commissari.

Il giudizio davanti ai giudici amministrativi ruota sulla composizione della commissione di gara che cristallizza lo scenario di riferimento nella fase di selezione del contraente, individuando i commissari come i soggetti delegati in valutazione.



La nostra valutazione mette subito in discussione il punto di partenza. Una configurazione in cui il soggetto delegato (Agente) al centro della valutazione è il commissario di gara non è soddisfacente. Anzi, è fuorviante. Questo scenario non tiene conto del dettato dell’articolo 42 del codice dei contratti: “*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”, né delle specifiche indicazioni che su questo punto recano le Linee Guida<sup>14</sup> ANAC n. 15 del 2019.

Dalle scarse informazioni contenute nella sentenza sappiamo che l’Ente ha necessità di dare in concessione l’area di sosta e che il casone avrebbe necessitato di importanti lavori di adeguamento igienico-sanitario, tanto che la società che si era aggiudicata la prima gara aveva chiesto di essere esonerata dal pagamento del canone, senza però giungere ad un accordo. Per questo l’Ente decide di indire una nuova gara, con l’aggiudicazione che sarebbe dovuta avvenire a favore del concorrente che avesse riportato il punteggio più alto attribuito insindacabilmente dalla stazione appaltante, articolato sulla proposta gestionale e sul prezzo. Come è noto, la gara viene aggiudicata ad una ATI costituita da una new co. nata appena dieci giorni prima rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, con un capitale sociale di appena €. 3.000,00, il cui amministratore unico era al momento della presentazione dell’offerta dipendente della stazione appaltante addetto alla gestione dello stesso parcheggio. In analoga situazione versava anche uno dei soci dell’altra società in ATI, anch’ella dipendente della stazione appaltante addetta alla gestione del medesimo parcheggio al momento della partecipazione alla gara in questione per sua stessa dichiarazione.

Un elemento importante ai fini della esplorazione degli interessi in gioco è il fatto che l’aggiudicazione era stata proposta nonostante un’altra componente dell’ATI aggiudicataria avesse, sin dal 2004 ininterrottamente gestito l’area adibita a parcheggio e il centro visitatori in collaborazione con un altro operatore economico e risultasse, quindi, già concessionaria del compendio immobiliare e affidataria dei connessi servizi a seguito di due distinte gare indette rispettivamente nel 2004 e nel 2009. L’ultimo soggetto che aveva gestito in affidamento il parcheggio e l’area visitatori risultava essere proprio l’operatore economico odierno aggiudicatario in ATI con le società dei due (ex) operai.

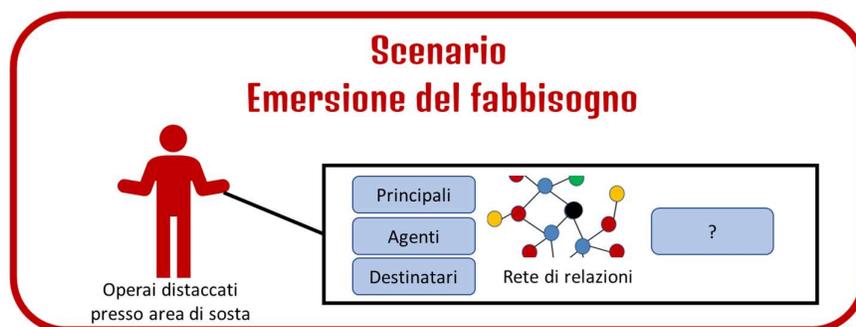
Dunque dobbiamo includere nello scenario di riferimento anche (e soprattutto) i due operai dipendenti della stazione appaltante (che poi si trasformeranno in imprenditori e si aggiudicheranno la gara) perché essi sono da considerare, a tutti gli effetti, *personale* della stazione appaltante. La situazione di conflitto di interessi va indagata, pertanto, non tanto riguardo al rapporto di frequentazione abituale che il ricorrente invoca (e che giustamente deve essere provato) tra i commissari e gli operai, quanto

<sup>14</sup> Cfr. Punto 4. Delle Linee Guida n. 15/2019 - Ambito soggettivo di applicazione dell’articolo 42 del codice dei contratti pubblici



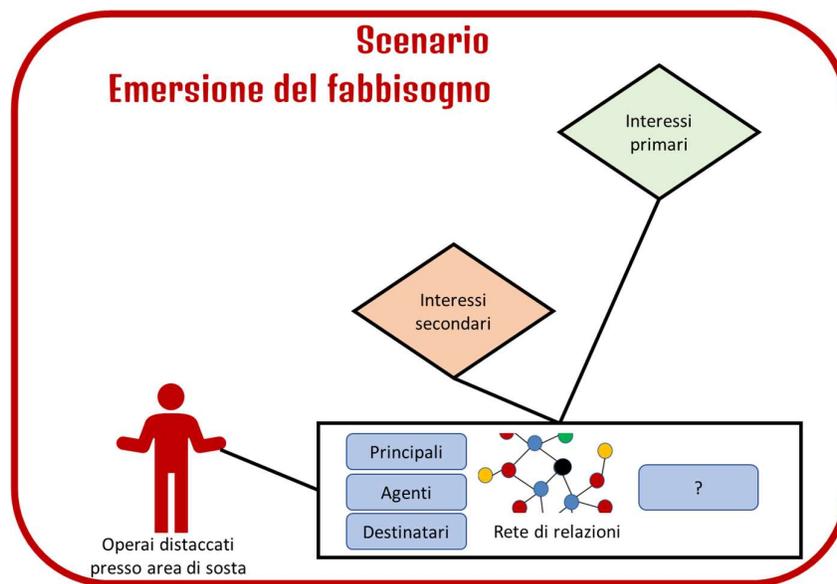
alla situazione che coinvolge gli operai che perseguono “*interessi propri*”<sup>15</sup>, anche se con ruoli diversi, ora come dipendenti della stazione appaltante, ora come imprenditori in erba nella costituenda ATI.

Inoltre, dobbiamo retrocedere il nostro scenario alla fase di emersione del fabbisogno così che la nostra valutazione può includere tutte le fasi potenzialmente influenzabili dai comportamenti dei nostri protagonisti.



All'interno dello scenario abbiamo i soggetti al centro della valutazione (gli operai distaccati presso l'area di sosta) e le loro reti di relazioni, sia della sfera pubblica che della sfera privata. Nello scenario dobbiamo anche includere gli interessi primari che il soggetto in valutazione è delegato a promuovere e gli interessi secondari.

<sup>15</sup> L'articolo 7 del codice di comportamento stabilisce che 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.



Dalla breve ricostruzione del contesto è possibile trarre le informazioni utili a ricostruire la configurazione degli interessi primari.

- **imparzialità**, intesa come equidistanza dagli interessi in gioco e salvaguardia dei meccanismi di concorrenzialità del mercato,
- **percezione di imparzialità**, intesa come tutela dell'immagine della amministrazione appaltante e affidamento in merito alla effettiva promozione dell'imparzialità,
- **buon andamento**, inteso come efficacia della procedura di selezione del contraente in termini di scelta del "miglior offerente", di economicità, di salvaguardia e funzionamento del bene ai fini (pubblici) per i quali è dato in concessione.

Domandiamoci ora quali interessi secondari potrebbero far parte del nostro scenario.

- **interesse ad avvantaggiare il precedente aggiudicatario**. Titolari di questo interesse secondario sono proprio i nostri operai dato che hanno un interesse diretto nell'ATI che hanno costituito con il precedente affidatario. Questo interesse è potenzialmente idoneo a minacciare l'interesse primario all'imparzialità e alla percezione di imparzialità.

A ben vedere i nostri operai si trovano in una particolare situazione. In quanto Agenti della stazione appaltante sono chiamati a promuovere esclusivamente gli interessi primari. Allo stesso tempo sono titolari di interessi secondari in qualità di concorrenti, avendo costituito un'ATI con il precedente aggiudicatario.



Il prossimo passo richiede di valutare se, a fronte di una siffatta configurazione di interessi, i nostri operai sono nelle condizioni già nello scenario di riferimento di adottare comportamenti idonei a promuovere il loro interesse secondario di neoimprenditori e a minacciare uno o più interessi primari.

Ebbene, i due operai hanno pieno accesso ai locali, sono nelle condizioni di alterare strumentalmente il bene, hanno informazioni privilegiate in merito allo stato e alle condizioni degli stabili. Inoltre, certamente conoscono i fornitori precedenti, i loro rapporti con la stazione appaltante e sono in grado di esercitare pressioni sulla composizione della compagine che si candiderà a gestire l'area di sosta. Infine, potrebbero avere un ruolo anche nella disputa con la società aggiudicataria della prima gara che aveva chiesto di essere esonerata dal pagamento del canone, senza però giungere ad un accordo.

Ciò che manca a questo scenario per renderlo attuale è l'interesse dei due operai che non sarà visibile fino alla costituzione dell'ATI e dunque alla fase di selezione del contraente.

Muovendosi lungo un'ipotetica linea del tempo, la vicenda giunge alla fase di selezione del contraente in cui lo scenario evolve a seguito della decisione dei nostri operai di presentare un'offerta insieme al precedente aggiudicatario. Ora sono a tutti gli effetti *concorrenti* e quindi esprimono un interesse secondario ben riconoscibile pur mantenendo il loro ruolo nella stazione appaltante.

Proprio per il fatto che sono (ancora) dipendenti della stazione appaltante possono entrare in possesso di informazioni relative alla tempistica della gara, alla scelta della procedura. Sono nelle condizioni di esercitare pressioni affinché la loro organizzazione adotti una soluzione rispetto ad un'altra. Possono, cioè, adottare dei comportamenti tali da mandare in conflitto interessi primari e secondari direttamente nello scenario di riferimento.

E così via, lungo tutte le fasi del processo di approvvigionamento. Dunque, anche se il loro ruolo sembra marginale rispetto alla "valutazione delle candidature", esso sembra essere centrale rispetto a tutte le altre fasi. Si può pacificamente ritenere, a questo punto, che la condizione di pericolo o di minaccia all'imparzialità permanga anche nella fase di esecuzione del contratto e di rendicontazione.

La possibilità di un comportamento ci mostra solo che un dato evento è possibile (o non è impossibile). Ma per adottare soluzioni organizzative impattanti al fine di gestire il conflitto di interessi, abbiamo anche bisogno di valutare se tali eventi sono *probabili*.

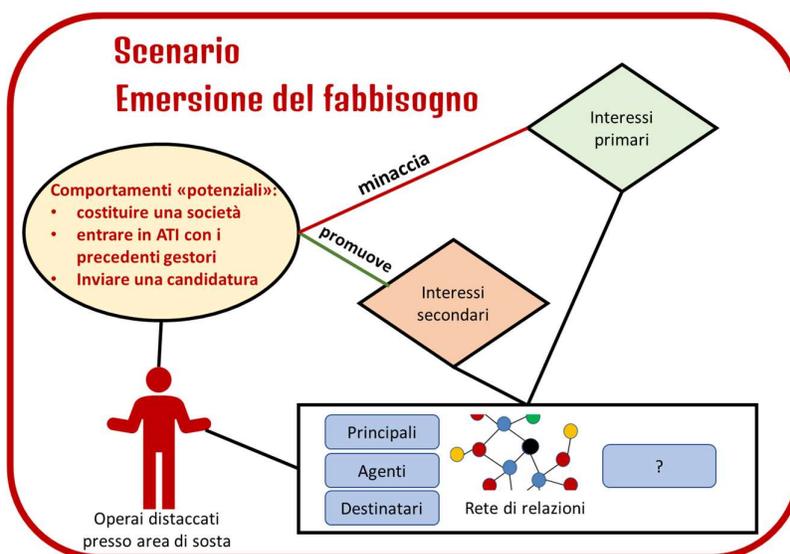
La probabilità dipende, come abbiamo visto, dalla potenzialità di influenzamento dovuta al ruolo, dalle caratteristiche del processo organizzativo e dall'intensità degli interessi in gioco. Se tutti o alcuni



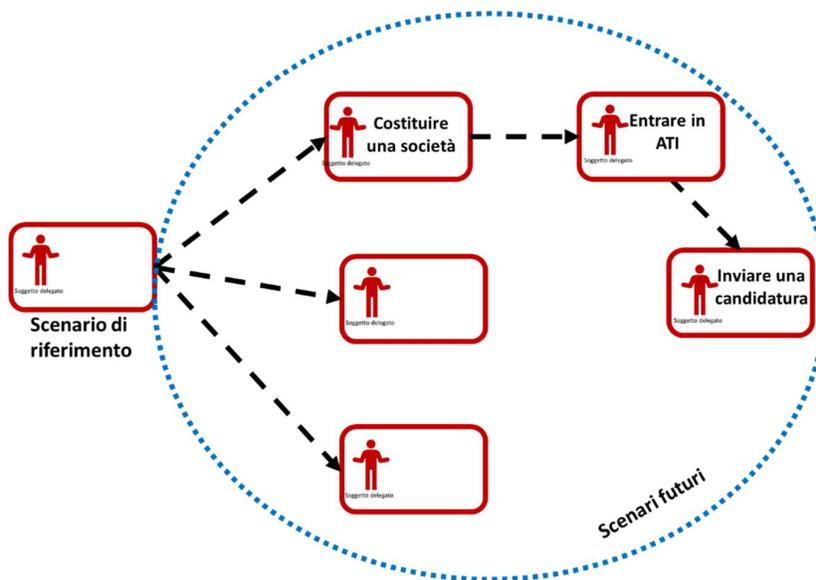
di questi elementi “cospirano” tanto da valutare che uno scenario potenziale non solo è prevedibile ma è anche piuttosto *prossimo* allo scenario iniziale, allora siamo in una condizione di “probabilità”.

Il nostro metodo ci aiuta a comprendere anche questo. Dalla fase di emersione del fabbisogno fino alla fase di selezione del contraente, il rischio di alterazione della concorrenza determinato dal conflitto di interessi è possibile perché il ruolo ricoperto dai soggetti in valutazione lo permette, ma non altrettanto probabile perché l’interesse non è ancora visibile (l’ATI non si è ancora costituita).

Manca o non è visibile l’interesse dei nostri operai. Per l’attivazione di tale interesse sono necessari determinati comportamenti da parte dei nostri operai che possiamo così sintetizzare: costituire una società, entrare in ATI con il precedente aggiudicatario, inviare una candidatura.

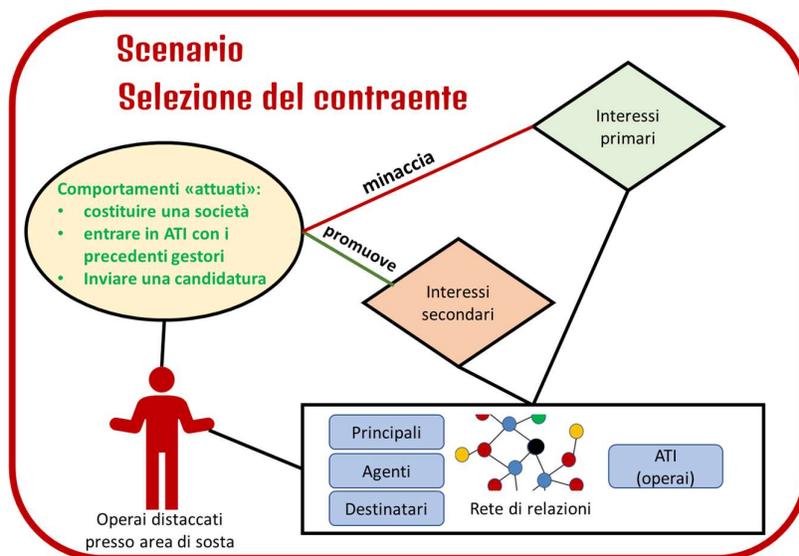


A ben vedere, se non conoscessimo la vicenda, tali comportamenti ci potrebbero sembrare “poco probabili”.



Non è detto che l'interesse non sia già attivo prima della formalizzazione dell'ATI e dell'invio della candidatura. Questa situazione non è nota alla stazione appaltante e non è conoscibile se non viene espressamente “dichiarata” dai nostri Agenti o da una segnalazione interna (*whistleblowing*).

Nella fase di selezione del contraente lo scenario “*evolve*”. I comportamenti potenziali si attuano. Ora all'interno dello scenario si è inserito un interesse secondario ben visibile, idoneo a minacciare un interesse primario.



Da questo momento in poi, i comportamenti di interferenza che abbiamo sopra elencato non sono solo “*possibili*”, ma anche “*probabili*”, considerata la potenzialità di influenzamento all'interno del



processo organizzativo e considerata l'intensità degli interessi<sup>16</sup> secondari in gioco. Un evento avverso (un azzardo morale), pertanto, è più o meno «*probabile*» in base alla «*prossimità*» della minaccia con lo scenario di riferimento.

Valutare la probabilità (e quindi la prossimità, in termini di scenario) ci permette di identificare le misure più idonee a gestire il rischio, anche in considerazione degli specifici obblighi di comunicazione da parte del personale, contenuti nel comma 3 dell'art. 42 del codice dei contratti, che stabilisce: “*Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni*”. Durante la fase di emersione del fabbisogno la stazione appaltante trova, come abbiamo già detto, in una situazione di asimmetria informativa rispetto ai nostri operai; non è in grado di conoscere le loro intenzioni, né se il loro interesse ad entrare a far parte dell'ATI è già “operativo”. La responsabilità dell'emersione del conflitto di interessi è in capo al personale.

Una volta che l'interesse diventa visibile, cioè nella fase di selezione del contraente, diventa operativo il comma 5 dell'art. 42: “*La stazione appaltante vigila affinché gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati*”. Diventano operativi anche altri dispositivi di gestione, quali, ad esempio, l'art. 80 comma 5, lett. d) del codice degli appalti che stabilisce, come *extrema ratio*, l'esclusione del concorrente.

E dunque, una condotta coerente con i dettami dell'art. 42 avrebbe dovuto imporre ai nostri operai di dichiarare il loro interesse ancor prima di entrare in una compagine, in una fase in cui essi stavano decidendo di concorrere a gestire l'area di sosta. Il che avrebbe richiesto un comportamento di astensione, in termini, ad esempio, di riallocazione delle due risorse o di impegno a non interferire in alcun modo nella vicenda. Oppure, nel caso in cui la stazione appaltante non avesse potuto acquisire la dichiarazione di interesse da parte degli operai o non fosse nella condizione organizzativa di riallocarli, avrebbe dovuto escluderli da successive candidature ex art. 80 comma 5, lett. d) del codice degli appalti<sup>17</sup>.

C'è da sottolineare come il ricorrente abbia fatto riferimento ad una situazione di *pantouflage*. I due operai, come ravvisato dal Consiglio di Stato, non esercitavano all'interno della stazione appaltante

<sup>16</sup> Gli *interessi propri* fanno parte del catalogo di situazioni “tipizzate” dell'articolo del Codice di comportamento.

<sup>17</sup> La particolare condizione dei nostri operai andrebbe, inoltre, ulteriormente indagata per valutare altri comportamenti potenziali che avrebbero potuto produrre un'alterazione della concorrenza e che noi non conosciamo dal momento che abbiamo solo le informazioni iscritte nella sentenza.



poteri autoritativi o negoziali<sup>18</sup>. Ma questo non gli impediva, come abbiamo visto, di precostituire una situazione di vantaggio nei confronti di un concorrente. C'è anche da dire che il *pantouflage* opera nella situazione in cui un rapporto cessa ed emerge un secondo rapporto. Non è questo il caso, dal momento che il rapporto di lavoro tra gli operai e la stazione appaltante non è estinto al momento della presentazione dell'offerta. Una “*confusione di ruoli*” dunque che esclude l'applicabilità dell'istituto del *pantouflage*, ma che non esclude che la posizione degli operai dovesse essere indagata sotto il profilo del conflitto di interessi.

Un approccio valutativo che giunge a conclusioni simili anche se con una analisi meno puntuale è ravvisabile nella sentenza n. 5151/2020 della Sezione III del Consiglio di Stato. Il caso verte su un rapporto di affinità che intercorre tra il progettista esterno incaricato dalla stazione appaltante e il presidente dell'impresa aggiudicataria.

I giudici affermano che “*l'ampia portata della disposizione (art. 42 codice degli appalti) consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che con qualsiasi modalità e anche senza intervenire nella procedura (predisponendone gli atti o facendo parte della commissione giudicatrice) siano in grado di influenzarne il risultato*”.

Sostengono inoltre che “*il rischio di un'alterazione della par condicio si verifica anche quando il concorrente si è potuto avvalere dell'apporto di conoscenze e di informazioni pervenutegli dal progettista (anche se esterno alla stazione appaltante e dalla stessa incaricato della redazione del progetto posto a base di gara) al fine di predisporre un'offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante*”.

E sottolineano che “*ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'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 configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio competitorum*”.

<sup>18</sup> Consiglio di Stato, sentenza n. 7462 del 27 novembre 2020. “*Non occorrono molti argomenti per ritenere che i due non esercitassero quei poteri autoritativi o negoziali che impediscono assunzioni o incarichi da parte di soggetti privati e che dunque il richiamo ai divieti di pantouflage non possa trovare nessi di collegamento con fattispecie concreta in esame*”.



Concludono, infine, che *“quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l’art. 80, comma 5, lett. d) dello stesso codice (di cui pure nell’atto di appello viene denunciata tale violazione) prevede, come extrema ratio, che sia l’operatore economico a sopportarne le conseguenze con l’esclusione dalla partecipazione alla procedura d’appalto”*.

Considerate tutte queste argomentazioni, è anche possibile indagare un secondo ambito di valutazione che mette sotto osservazione, come dicevamo, l’impatto reputazionale di tale situazione, ovvero la compromissione della percezione di imparzialità. Le Linee Guida ANAC n. 2019 rilevano che *l’interesse personale dell’agente, che potrebbe porsi in contrasto con l’interesse pubblico alla scelta del miglior offerente, può essere di natura finanziaria, economica o dettato da particolari legami di parentela, affinità, convivenza o frequentazione abituale con i soggetti destinatari dell’azione amministrativa. Tale interesse deve essere tale da comportare la sussistenza di gravi ragioni di convenienza all’astensione, tra le quali va considerata il **potenziale danno all’immagine di imparzialità** dell’amministrazione nell’esercizio delle proprie funzioni.*

Una delle innovazioni che l’articolo 42 introduce nel nostro sistema è la particolare attenzione alle implicazioni reputazionali di tali configurazioni di interessi. Non è un caso che il dettato della norma faccia esplicito riferimento all’elemento della percezione: *“interesse che può essere percepito come una minaccia”*. Per indagare questo secondo importante aspetto il valutatore deve mettersi nei panni di un osservatore esterno e ricostruire gli scenari da diversi punti di vista: il punto di vista degli altri concorrenti, degli osservatori qualificati, della collettività nazionale o locale. Rispetto ad alcuni di questi “osservatori” occorre considerare che non esiste una situazione di perfetta simmetria informativa. Un concorrente ha a disposizione informazioni qualificate rispetto alla gara, ma potrebbe non avere tutte le informazioni per valutare il ruolo degli Agenti. Così come la collettività locale spesso non ha informazioni accurate, né le competenze tecniche per valutare puntualmente una situazione come quella presentata dal caso. Il sentimento di fiducia che lega l’amministrazione ai soggetti deleganti deve essere preservato oltre ogni ragionevole dubbio e questo è il motivo che dovrebbe spingere le amministrazioni a gestire tali situazioni con particolari cautele, assicurando elevati livelli di trasparenza in ogni fase del processo ed adottando misure idonee a stabilire o ristabilire la percezione di imparzialità.

Dunque una solida valutazione delle situazioni di conflitto di interessi si costruisce attraverso un’indagine approfondita sulla minaccia all’imparzialità, in termini di *probabilità*, e sulla minaccia alla percezione di imparzialità, in termini di *impatto*. Il consolidamento di siffatti meccanismi di



valutazione che promuovono la cultura della gestione del rischio permetterebbero di superare le questioni di certezza del diritto e di operare in uno schema di piena consapevolezza degli Agenti così come dei valutatori interni (RPCT, dirigenti, ecc...).

Questi approcci non sembrano ancora far parte del *mainstream* giurisprudenziale. La logica di valutazione non è univoca né coerente. Ad esempio, le sezioni V e III del Consiglio di Stato utilizzano schemi interpretativi assai diversi. A colpi di sentenze sembra che una Sezione miri a far prevalere il suo punto di vista rispetto all'altra<sup>19</sup>.

Il problema va ben oltre la questione della coerenza giurisprudenziale in merito al conflitto di interessi. Nelle stazioni appaltanti, così come nelle amministrazioni che attivano procedimenti amministrativi, le situazioni di conflitto di interessi non vengono valutate dai giudici. Secondo l'articolo 7 del Codice di comportamento, la cosiddetta “*disclosure*” deve essere indirizzata al superiore gerarchico e sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza. In molti casi, le situazioni di conflitto di interessi vengono altresì valutate dai Responsabili della prevenzione della corruzione. In altre circostanze sono gli Uffici del Personale ad essere chiamati a valutare le situazioni di conflitto di interessi potenziali che potrebbero emergere dall'autorizzare un incarico extraistituzionale.

Ora è facile immaginare come un tema così complesso e controverso, tanto che nemmeno i giudici amministrativi adottano un metro di valutazione coerente e condiviso, sia lasciato nelle mani di soggetti che presumibilmente non hanno alcuna conoscenza del fenomeno e, certamente, non hanno alcuna competenza o strumenti in grado di metterli nelle condizioni di esercitare una valutazione quantomeno attendibile.

E dunque un atteggiamento “difensivo” che mira ad una maggiore certezza interpretativa attraverso il ricorso alla tassatività delle situazioni di conflitto di interessi non è solo comprensibile ma anche, per molti versi, giustificabile. Su questi soggetti sono stati scaricati nel corso degli anni una pluralità di adempimenti in materia di prevenzione della corruzione senza peraltro offrire reali opportunità di crescita professionale e senza una adeguata formazione sul fenomeno.

<sup>19</sup> A dire il vero non si tratta della prima disputa che osserviamo tra le due sezioni del Consiglio di Stato. Nel 2020, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha risolto, in favore della sezione Terza, una analoga disputa in merito alla ammissibilità dell'accesso civico generalizzato nella fase di esecuzione dei contratti pubblici. La sezione Quinta, con un approccio che potremmo definire più “conservatore”, negava tale ammissibilità, mentre la sezione Terza, con un approccio che potremmo definire più “progressista”, la ammetteva.



Il dibattito sul conflitto di interessi è rimasto al livello della questione di legittimità di provvedimenti o della costituzione delle commissioni di gara. Non si rileva nel nostro contesto amministrativo, né in quello giurisprudenziale né tantomeno in quello accademico, una approfondita analisi del conflitto di interessi come fenomeno relazionale<sup>20</sup> alla base delle condotte corruttive. Il conflitto di interessi, infatti, può essere valutato sia come *vizio di legittimità di un procedimento*, sia come *fattore abilitante del rischio di corruzione* e per questo indagato a livello dell'analisi e valutazione del rischio di corruzione.

### 3. Oltre la legittimità. Il conflitto di interessi come “fattore abilitante” del rischio di corruzione

In generale, gestire un rischio significa ridurre l'incertezza rispetto ad un evento che potrebbe accadere e che potrebbe causare un danno. Per lungo tempo il rischio di corruzione è stato associato all'adozione di comportamenti penalmente rilevanti e quindi è stato gestito con politiche di repressione da parte dell'autorità giudiziaria. Più di recente, si è fatta strada la consapevolezza che le politiche di repressione non possono essere totalmente efficaci, se non sono affiancate da strategie di prevenzione, in grado di ridurre la probabilità di commissione dei reati. Questa nuova visione ha chiamato in causa le organizzazioni pubbliche e private che devono adottare sistemi di gestione, modelli organizzativi e piani di prevenzione in grado di ridurre il rischio di fallimento etico e di cattiva gestione dei processi. Il *focus* sui processi è caratteristico della Legge n. 190/2012 ed ha influenzato il contenuto dei Piani triennali delle organizzazioni pubbliche, che prevengono la corruzione attraverso il controllo sulla gestione dei procedimenti amministrativi.

Tuttavia, il rischio di corruzione sembra avere delle particolari caratteristiche che richiedono di guardare oltre la dimensione strettamente organizzativa. Innanzitutto, la corruzione (intesa come reato penale) è un evento difficilmente identificabile ed abbastanza raro: la Pubblica Amministrazione non è piena di Agenti corrotti, mentre sono molto diffuse relazioni ambigue e situazioni di conflitto di interessi che sono a un passo dall'essere corruzione, ma che non degenerano in una condotta illecita.

Questa progressiva tendenza a ri-definire il rischio di corruzione verso una più attenta analisi dei conflitti di interessi è ravvisabile anche nella evoluzione della definizione di “corruzione” contenuta

<sup>20</sup> Per chi vuole approfondire il fenomeno da un punto di vista “relazionale”, cfr: Di Rienzo M., Ferrarini A., “[Etica delle relazioni dell'Agente pubblico](#)”, 2020, IPSOA



nel Piano Nazionale Anticorruzione (PNA). I vari aggiornamenti contengono definizioni di corruzione piuttosto diverse:

- **PNA 2013:** corruzione = *“situazione in cui, nel corso dell’attività amministrativa, si riscontra l’abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati”*
- **PNA 2015:** corruzione = *“maladministration”* = *“assunzione di decisioni devianti dalla cura dell’interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari”*
- **PNA 2016:** il PTPC deve:
  - ridurre ogni spazio possibile *“all’azione di interessi particolari volti all’improprio condizionamento delle decisioni pubbliche”* [decisione, condizionamento improprio, interessi particolari]
  - garantire la posizione di *imparzialità* del funzionario pubblico che partecipa ad una decisione amministrativa”
- **PNA 2017:** corruzione = *assunzione di decisioni devianti dalla cura dell’interesse generale a causa di condizionamenti impropri”*.
- **PNA 2019:** *Finalità del PTPCT è quella di identificare le misure organizzative volte a contenere il rischio di assunzione di decisioni non imparziali<sup>21</sup>.*

Ci interessa soprattutto l’ultima definizione in ordine di tempo. Essa sposta l’attenzione dall’atto (decisione) “inquinato” da interferenze e condizionamenti esterni, al *pregiudizio potenziale*, cioè agli effetti che si potrebbero determinare sull’interesse primario all’imparzialità<sup>22</sup>. Sposta, cioè, l’attenzione dalla condotta di un Agente che favorisce interessi privati, a uno **scenario potenziale** in cui un interesse primario posto a presidio della funzione pubblica viene minacciato.

L’analisi dei conflitti (e delle convergenze) di interessi rappresenta il futuro della prevenzione della corruzione. Tralasciando le ragioni<sup>23</sup> che ci spingono ad esprimere con forza tale affermazione, è utile

<sup>21</sup> Questa definizione è stata desunta da una affermazione contenuta nella Parte II del PNA 2019 (§ 1 – Finalità): *“Finalità del PTPCT è quella di identificare le misure organizzative volte a contenere il rischio di assunzione di decisioni non imparziali. A tal riguardo spetta alle amministrazioni valutare e gestire il rischio corruttivo, secondo una metodologia che comprende l’analisi del contesto (interno ed esterno), la valutazione del rischio (identificazione, analisi e ponderazione del rischio) e il trattamento del rischio (identificazione e programmazione delle misure di prevenzione)”*.

<sup>22</sup> Per chi volesse approfondire il punto di vista di SPAZIOETICO sull’imparzialità, consigliamo l’articolo: *“Un’assicella di legno che chiamiamo imparzialità”*, scritto nel 2017.

<sup>23</sup> Cfr. Di Rienzo M., Ferrarini A., *“Il rischio di corruzione durante l’emergenza Covid-19. L’ANAC presenta la Relazione Annuale 2019. Dove sono i corrotti?”*, SPAZIOETICO, Milano, 2020



esplorare in concreto la dimensione del conflitto di interessi attraverso la lente dell'analisi e valutazione del rischio di corruzione per mostrare come esso può essere inserito nelle strategie di mitigazione del rischio che le amministrazioni adottano nel Piano triennale di prevenzione della corruzione.

L'indagine, in questo caso, non viene condotta da un giudice, ma da un Responsabile della prevenzione della corruzione (RPCT) o da un referente del RPCT che si trova a valutare il rischio di corruzione.

Riprendiamo il caso dei nostri due operai e della area di sosta. Da un punto di vista processuale, aver invocato il *pantouflage*, così come l'illegittima composizione della commissione non ha portato ad alcun esito. Non sappiamo cosa sarebbe successo se il ricorrente avesse invocato una situazione di conflitto di interessi degli operai. Ma se indagassimo i fatti dal punto di vista dell'analisi del rischio di corruzione?

L'indagine è rivolta a valutare il rischio che una certa configurazione degli interessi possa portare a minacciare un interesse primario, con particolare riferimento all'imparzialità (ma non solo). Nella prima fase dello strumento di indagine che presentiamo e che abbiamo chiamato "*metodo della polarizzazione degli interessi*" si tratta di catalogare gli interessi in gioco.

Recuperiamo l'elenco degli interessi. Partiamo con gli interessi primari:

- **imparzialità**, intesa come equidistanza dagli interessi in gioco e salvaguardia dei meccanismi di concorrenzialità del mercato,
- **percezione di imparzialità**, intesa come tutela dell'immagine della amministrazione appaltante e affidamento in merito alla effettiva promozione dell'imparzialità,
- **buon andamento**, inteso come efficacia della procedura di selezione del contraente in termini di scelta del "miglior offerente", di economicità, di salvaguardia e funzionamento del bene ai fini (pubblici) per i quali è dato in concessione.

Ora gli interessi secondari:

- **interesse ad avvantaggiare il precedente aggiudicatario**, con il quale gli operai della stazione appaltante hanno costituito un'ATI.

Dal punto di vista del rischio di corruzione (intesa come "caduta dell'imparzialità"), questa configurazione potrebbe già essere "minacciosa". Tuttavia, siamo ancora nel campo della



legittimità/illegittimità di una procedura di gara. La prevenzione della corruzione ha uno spettro di valutazione, nonché di intervento, decisamente più ampia. Il soggetto che effettua la valutazione che, in questo caso è il RPCT, non deve valutare solo rispetto allo specifico procedimento, ma deve indagare l'esposizione al rischio dell'intero processo organizzativo.

Per questo è utile inserire nella nostra valutazione una categoria di interessi secondari che noi abbiamo chiamato "strutturali" e che popolano tutti i nodi della relazione di agenzia pubblica. A volte, gli interessi strutturali vanno in convergenza tra loro o si alleano agli interessi della sfera privata degli Agenti, determinando un "salto di qualità" del rischio di corruzione. Una importante caratteristica degli interessi strutturali (che li rende centrali nella prevenzione della corruzione) è che essi sono "prevedibili" e, in qualche modo, anche "misurabili". E i conflitti di interessi che li vedono coinvolti sono nella maggior parte dei casi visibili dall'organizzazione. Dal momento che dipendono dal particolare "clima" o "ethos" che si respira in un'organizzazione (pubblica o privata), dal livello di consapevolezza dei ruoli, dalla capacità delle *leadership* di veicolare gli interessi primari, possiamo effettivamente valutare la loro potenzialità di influenzamento nei processi decisionali.

Una ulteriore caratteristica degli interessi strutturali è che l'astensione, cioè la misura di norma indicata per risolvere il conflitto di interessi, non è una soluzione utile alla gestione dei conflitti tra interessi primari e interessi strutturali. Gli interessi strutturali, infatti, non sono legati alla persona, ma al ruolo.

Nella nostra vicenda (e relativamente alle informazioni disponibili) possiamo catalogare i seguenti interessi strutturali:

- **interesse "a non complicarsi la vita"**. La vicenda ha un pregresso importante. L'ATI è costituita da un'impresa che ha ininterrottamente gestito l'area di servizio da più di quindici anni. Si presume sia assai affidabile, mentre la ricorrente che si era aggiudicata la precedente gara ma poi aveva (evidentemente) chiesto di essere esonerata dal pagamento del canone perché avrebbe dovuto sostenere la spesa di importanti lavori di adeguamento igienico-sanitario, viene percepita come "conflittuale". Non sappiamo a quale ufficio o Agente attribuire tale interesse, pertanto lo consideriamo "diffuso" all'interno della stazione appaltante.
- **interesse alla fidelizzazione del committente**. E' un interesse strutturale dell'operatore economico che ha gestito quell'area per quindici anni. Un interesse che si rafforza incamerando tra le fila della sua compagine i due operai dipendenti della stazione appaltante.



- **interesse alla gestione dell'area.** E' l'interesse del ricorrente che si era aggiudicato la prima gara e che in seguito non è giunto ad un accordo con la stazione appaltante.

La catalogazione degli interessi viene espressa in maniera molto semplice attraverso una tabella.

|  | INTERESSI PRIMARI                 | INTERESSI SECONDARI  |  |
|--|-----------------------------------|--|--|
|  | <b>Imparzialità</b>               | Interesse ad avvantaggiare il precedente aggiudicatario (operai – neoimprenditori) |  |
|  | <b>Percezione di imparzialità</b> | Interesse a non complicarsi la vita (uffici della stazione appaltante)             |  |
|  | <b>Buon andamento</b>             | Interesse alla fidelizzazione del committente (impresa aggiudicataria)             |  |
|  |                                   | Interesse alla gestione dell'area (impresa ricorrente)                             |  |

Un analista del rischio, a questo punto, ha in mano tutti gli elementi per cominciare a far interagire questi interessi e osservare come, potenzialmente, essi convergano o vadano in conflitto tra loro, a seconda dei comportamenti che i nostri Agenti mettano in atto. I comportamenti, infatti, orientano gli interessi in gioco in una determinata situazione. Un interesse «diventa positivo» quando può essere promosso da un determinato comportamento e «diventa negativo» quando può essere minacciato da un determinato comportamento. Studiare il modo in cui gli interessi si polarizzano (entrando in conflitto o in convergenza) ci aiuta in questo modo ad identificare i rischi.

Osserviamo le diverse polarizzazioni. Partiamo da uno scenario in cui la gara, come nella realtà, viene aggiudicata all'ATI. Quali interessi entrano in convergenza? Quali vengono minacciati? Lo rappresentiamo, al fine di una visualizzazione comprensibile, attraverso l'uso di "faccine".

|   | INTERESSI PRIMARI                 | INTERESSI SECONDARI  |   |
|---|-----------------------------------|--|---|
|  | <b>Imparzialità</b>               | Interesse ad avvantaggiare il precedente aggiudicatario (operai – neoimprenditori) |  |
|  | <b>Percezione di imparzialità</b> | Interesse a non complicarsi la vita (uffici della stazione appaltante)             |  |
|  | <b>Buon andamento</b>             | Interesse alla fidelizzazione del committente (impresa aggiudicataria)             |  |
|   |                                   | Interesse alla gestione dell'area (impresa ricorrente)                             |  |

Una decisione come questa polarizza gli interessi intorno ad un interesse primario, il buon andamento. Affidare l'area di sosta a quella ATI è una scelta che garantisce l'operatività dello spazio (pubblico). Inoltre garantisce gli uffici da una certa assenza di conflittualità. Tutte le componenti dell'ATI sono note alla stazione appaltante. Una componente ha gestito lo spazio per quindici anni, le altre due



componenti sono riconducibili a ex dipendenti della stazione appaltante. Una tale decisione promuove l'interesse delle imprese aggiudicatarie che vedono premiata un'aspettativa di fidelizzazione. Questa polarizzazione tuttavia minaccia pesantemente l'imparzialità e la percezione di imparzialità. Il conflitto di interessi dei due operai è stato già valutato come "minaccioso". Oltretutto, una tale configurazione degli interessi ci porterebbe ad esprimere gli stessi giudizi che il Consiglio di Stato afferma in una delle sentenze precedentemente citate: *“La disciplina dell'incompatibilità risulta arricchita di quei profili tendenti alla salvaguardia dell'immagine di imparzialità ed ad evitare che possa determinarsi un'oggettiva 'confusione' tra valutatore e concorrente”*.

Il rischio di caduta dell'imparzialità emerge in tutta la sua forza e richiede un intervento di mitigazione, ulteriore rispetto all'esclusione dell'aggiudicatario.

Un siffatto provvedimento, infatti, tenderà a polarizzare in maniera contraria la configurazione degli interessi. Ma non avrà presumibilmente effetto sulla natura e sull'intensità degli interessi strutturali

|  | INTERESSI PRIMARI                 | INTERESSI SECONDARI  |  |
|--|-----------------------------------|--|--|
|  | <b>Imparzialità</b>               | Interesse ad avvantaggiare il precedente aggiudicatario (operai – neoimprenditori) |  |
|  | <b>Percezione di imparzialità</b> | Interesse a non complicarsi la vita (uffici della stazione appaltante)             |  |
|  | <b>Buon andamento</b>             | Interesse alla fidelizzazione del committente (impresa aggiudicataria)             |  |
|  |                                   | Interesse alla gestione dell'area (impresa ricorrente)                             |  |

La finalità del Piano triennale di prevenzione della corruzione non è solo il ristabilimento della legittimità di una procedura, ma l'adozione di soluzioni organizzative per fare in modo che gli interessi strutturali vengano disinnescati o che venga rafforzata la percezione degli interessi primari.

In un ambiente di questo tipo, il RPCT dovrà mettere in campo misure di emersione e gestione del conflitto di interessi dei propri dipendenti. Dovrà investire in formazione per trasferire competenze in merito a strumenti e metodi di valutazione delle situazioni di conflitto di interessi. Dovrà investire in *leadership* per orientare gli uffici ad una comprensione più puntuale del principio di imparzialità e della percezione di imparzialità. Dovrà mettere in campo misure di controllo più selettive che facciano emergere anomalie (ad es., la durata dell'affidamento) che evidenziano la presenza e l'intensità degli interessi strutturali.



L'obiettivo è uno scenario "organizzativo" in cui gli interessi e le decisioni che vengono adottate all'interno degli uffici forniscano la seguente polarizzazione:

|   | INTERESSI PRIMARI                 | INTERESSI SECONDARI  |   |
|---|-----------------------------------|--|---|
|  | <b>Imparzialità</b>               | Interesse ad avvantaggiare il precedente aggiudicatario (operai – neoimprenditori) |  |
|  | <b>Percezione di imparzialità</b> | Interesse a non complicarsi la vita (uffici della stazione appaltante)             |  |
|  | <b>Buon andamento</b>             | Interesse alla fidelizzazione del committente (impresa aggiudicataria)             |  |
|   |                                   | Interesse alla gestione dell'area (impresa ricorrente)                             |  |

#### 4. Conclusioni

Scrive Andrea De Carlo che le persone più interessanti sono sempre il frutto di situazioni complicate. E' così anche per il conflitto di interessi. Non dobbiamo arrenderci davanti alla complessità del fenomeno.

Siamo all'interno di un percorso molto lungo, di crescita collettiva. Così come siamo alla ricerca di una definizione stabile e condivisa di corruzione, abbiamo mosso i primi passi all'interno di un fenomeno ancor più complesso come il conflitto di interessi.

L'uso degli scenari nella valutazione dei conflitti di interessi si rivela un'arma molto utile per non cadere vittime della complessità di questo fenomeno. Complessità che ha subito innumerevoli tentativi di riduzione formalistica attraverso l'ingenuo tentativo di "tipizzare" ciò che non è tipizzabile, cioè l'incertezza riguardo ad un comportamento umano.

Proprio questa complessità ci spinge a ricercare approcci multidisciplinari (*ahinoi proprio ciò che manca all'attuale anticorruzione italiana*). Non possiamo certo cedere alla tentazione di vedere conflitti di interessi anche dove non ci sono, né, tantomeno, fare finta che i conflitti di interessi non esistano, dal momento che una buona prevenzione della corruzione passa proprio dalla capacità di valutare e gestire i conflitti di interessi.

Quanto riportato in questo articolo non è frutto di revisioni della letteratura scientifica o di mera interpretazione della logica giurisprudenziale. Emerge da un lungo percorso di analisi di casi concreti, discussi all'interno di percorsi di formazione con gli stessi operatori che si trovavano a gestirli, sia in qualità di soggetti in valutazione (funzionari, commissari di gara, RUP, DEC; ecc...), sia in qualità di valutatori (RPCT, dirigenti, ecc...).



Lo strumento della polarizzazione degli interessi fa parte di un più ampio modello, che noi chiamiamo “*evolutivo*”<sup>24</sup>, di lettura ed interpretazione del rischio di corruzione e viene utilizzato nella gestione del rischio accanto ad altri strumenti. Il modello prevede che il *risk assessment* non debba focalizzarsi più di tanto sui processi a rischio, ma esplorare la dimensione economico-relazionale. In pratica, dobbiamo imparare a prevedere le possibili situazioni di conflitto di interessi e le reti di relazioni su cui corrono gli interessi che entrano in conflitto. Un evento a rischio di corruzione è un gioco di equilibri, in cui si modificano i conflitti e le convergenze tra gli interessi in gioco. Queste interazioni devono essere gestite precocemente, quando sono ancora nella dimensione relazionale, attraverso misure di regolazione degli interessi da inserire nei Piani triennali di prevenzione della corruzione.

*La valutazione di una situazione di conflitto di interessi deve diventare competenza specifica del personale di una stazione appaltante, così come la gestione di tali situazioni deve essere a carico all’organizzazione perché il rischio non è limitato alla mera validità dell’atto o della procedura. Esso si propaga al processo organizzativo e rappresenta un fattore di rischio, un meccanismo di base della corruzione.*

Convergenze e conflitti di interessi, quindi, sono i veri “*fattori abilitanti*”<sup>25</sup> del rischio di corruzione. Se questo è vero, allora *la cultura della valutazione del rischio di corruzione connesso alle situazioni di convergenze e conflitti di interessi rappresenta il futuro della prevenzione della corruzione.*

Per questo è necessario compiere uno sforzo collettivo anche per disinnescare una certa deriva, purtroppo assai visibile nel sistema anticorruzione italiano, ad appiattirsi su posizioni di retroguardia, comprensibili viste le circostanze, ma non accettabili.

<sup>24</sup> Cfr: “[Verso un Modello Evolutivo per la prevenzione della corruzione](#)”, Spazioetico, 2019

<sup>25</sup> “Fattore abilitante”, una locuzione contenuta nell’aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione del 2019: “L’aggiornamento al PNA 2015 si era già riferito alle “cause” degli eventi rischiosi. Si preferisce tuttavia utilizzare il concetto di “fattori abilitanti” poiché non sempre è individuabile un vero e proprio rapporto di causa-effetto”