

## Consigliere comunale e titolare della società aggiudicataria

Data di pubblicazione: 25 luglio 2018

GIROLAMO MATERA, Consigliere comunale e titolare della società aggiudicataria: non sussiste “conflitto di interessi”\* (commento alla sentenza TAR Basilicata, 20 marzo 2018, n. 194)

---

---

**GIROLAMO MATERA**

**Consigliere comunale e titolare della società aggiudicataria:  
non sussiste “conflitto di interessi”**

**(commento alla sentenza del TAR Basilicata, 20 marzo 2018, n. 194)**

---

---

**Non sussiste conflitto di interessi laddove il titolare della ditta che partecipi ad una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi ricopra anche il ruolo di consigliere comunale nello stesso comune dove i servizi per cui si concorre devono essere espletati.**

Il TAR Basilicata, Potenza, Sez. I con la sentenza del 20.3.2018 n. 194 ha chiarito che non può determinarsi “conflitto di interessi” ai sensi dell’art. 42, D.lgs. n. 50/2016, laddove il titolare della ditta concorrente e, successivamente, risultata aggiudicataria ricopra anche il ruolo di consigliere comunale nello stesso comune in cui il servizio per il quale concorre deve essere espletato.

In specie, la Società ricorrente con il primo motivo di ricorso si doleva della mancata esclusione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 42 e 80, D.lgs. n. 50/2016, della ditta aggiudicataria in ragione del fatto che il titolare ricopriva anche la carica di Consigliere comunale.

Le disposizioni di cui all’art. 42, com’è noto, di recente introduzione, sono volte a prevenire i fenomeni corruttivi che possono interessare le procedure di gara ad evidenza pubblica, inscrivendosi in un contesto, specie negli ultimi anni, in cui si fa un gran parlare di tematiche essenziali, quali trasparenza, anticorruzione e, per l’appunto, il conflitto di interessi. Attraverso l’introduzione nell’ordinamento della norma in argomento, il legislatore ha inteso rafforzare la tutela dei principi di concorrenza e parità di trattamento, nonché quelli di imparzialità e buon andamento.

La norma in argomento:

1. Impone alle stazioni appaltanti l’obbligo di *«prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse»* nello svolgimento del procedimento di evidenza pubblica *«in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici»* (co.1);
2. Precisa che *«si ha conflitto di 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»*, specificando che *«costituiscono situazioni di conflitto di interesse quelle che determinano l’obbligo di astensione, previste dall’art. 7 DPR n. 62/2013»* (la norma richiamata sancisce l’obbligo dei dipendenti di astenersi dal *«partecipare all’adozione di decisioni o ad attività, che possano coinvolgere un interesse proprio*

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» oppure «in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza» (co.2);

III. Prescrive «**al personale delle stazioni appaltanti** o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o 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, di darne comunicazione alla stazione appaltante e di astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti.» (co.3);

1. Specifica che i suddetti obblighi «valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici» (co.4);
2. Dispone l'obbligo per la stazione appaltante di vigilare sul rispetto delle suddette norme (co.5).

Circa le conseguenze della sussistenza del delineato conflitto di interessi, l'art. 80, co.5, dispone che «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, comma 6, qualora: [...] d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2, non diversamente risolvibile; [...]».

Le citate disposizioni sono state adottate in attuazione dell'art. 24, dir. 2014/24/UE che dispone: «Gli stati membri provvedono affinché le Amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. Il concetto di conflitto di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'Amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura 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».

La norma, sotto il profilo della delimitazione dell'ambito soggettivo in cui opera, è stata oggetto di analisi da parte della giurisprudenza amministrativa, la quale ne ha chiarito la portata.

In particolare, ci si riferisce alla pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, che ha confermato la Sentenza TAR Pescara n. 21 del 9.1.2017. Palazzo Spada ha chiarito che la «norma in questione (art. 42, D.lgs. n. 50/2016, n.d.r.) vada riferita non solo ai dipendenti in senso stretto dei soggetti giuridici richiamati, ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico, siano in grado di validamente impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna. Diversamente, si entrerebbe nella contraddizione di escludere dalla portata della norma – dalla manifesta funzione preventiva - proprio quei soggetti che più di altri sono in grado di condizionare l'operato dei vari operatori del settore e dunque si darebbe via a situazioni di conflitto che la norma vuol prevenire, ossia i componenti degli organi di amministrazione e controllo».

In tal modo, il giudice amministrativo di ultima istanza, interpretando in maniera estensiva l'ambito di applicazione soggettivo della norma, ha precisato che le misure di prevenzione sono preordinate non solo ai lavoratori subordinati della Stazione appaltante, ma altresì ai soggetti esterni che per conto della Amministrazione committente hanno curato la predisposizione degli atti di gara, dunque, anche i dirigenti e gli amministratori di tali soggetti esterni.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha acclarato che la violazione delle norme poste a tutela dell'imparzialità delle procedure di gara non richiede la dimostrazione del vantaggio conseguito, essendo esse poste a tutela di un

pericolo astratto e presunto in ordine ad una lesione, sebbene solo potenziale, dei principi di imparzialità e/o parità di trattamento nei procedimenti di affidamento ad evidenza pubblica.

Siffatto orientamento, sebbene riconosciuto e condiviso dal TAR Basilicata, non ha fatto breccia nel caso in argomento in quanto *«il titolare della ditta individuale aggiudicataria nonché Consigliere Comunale non ha potuto svolgere alcuna funzione nella gestione amministrata delle gare di appalto, spettante esclusivamente, ai sensi dell'art. 107, comma 3, lett. b), D.lgs n. 267/2000 ai Dirigenti comunali, in applicazione del fondamentale principio ex art. 4 D.lgs. n. 165/2001 della netta separazione tra la funzione di indirizzo politico-amministrativo, di competenza degli organi di governo, e la gestione amministrativa».*

L'art. 107, comma 3, lett. b), D.lgs. n. 267/2000 dispone che sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi di indirizzo adottata dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: [...] b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; [...].

Ai sensi, invece, dell'art. 4 del D.lgs. n. 165/2001, ai dirigenti *«spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati».*

Da ultimo, il giudice amministrativo di merito, nella sentenza in commento, ha segnalato come i casi di incompatibilità, per quanto concerne gli amministratori pubblici, sono specificamente regolati dall'ordinamento. Tant'è che *«Rimane ovviamente fermo, dopo la stipula del contratto di appalto di cui è causa, l'insorgere della causa di incompatibilità prevista dall'art. 63, comma 1, n. 2, D.Lg.vo n. 267/2000».*

D'altra parte, il legislatore ha individuato nel consiglio (nella sua generalità) l'organo di indirizzo e controllo politico amministrativo dell'ente, segnando, però, al contempo, una competenza limitata ad una serie di atti fondamentali annoverati nell'art. 42, co.2; è bene evidenziare che tra questi non vi è annoverata alcuna prerogativa del consiglio idonea ad influenzare le scelte degli uffici amministrativi in materia di bandi e gare.