

Scatta il conflitto di interessi per il dipendente della stazione appaltante che è anche amministratore di una società partecipante alla gara

Scritto da Interdata Cuzzola | 11/12/2020

La coesistenza dello *status* di dipendente della stazione appaltante con la carica societaria di amministratore unico integra gli estremi di un potenziale conflitto di interessi ai sensi dell'art. 42, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/16), in quanto la partecipazione alla procedura di gara di una risorsa facente parte dell'organico della stazione appaltante deve essere percepita come una minaccia all'imparzialità e indipendenza della procedura stessa: è quanto affermato dal TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, nella sent. 1° dicembre 2020, n. 12850.

Ed infatti, come evidenziato dalla giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 20 agosto 2020, n. 5151):

1. il secondo comma dell'art. 42 del Codice dei contratti pubblici definisce il conflitto di interessi ed il quarto comma lo estende alla fase di esecuzione dei contratti pubblici, imponendo alla stazione appaltante un obbligo di vigilanza, sia in fase di aggiudicazione che in fase di esecuzione, specificamente in riferimento al rispetto dell'obbligo di astensione, ma è da ritenere che esso si estenda a tutte le possibili misure che possano ancora essere prese per prevenire o porre rimedio al conflitto;
2. l'art. 80, comma 5, lettera d) impone l'esclusione quando la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2, non diversamente risolvibile;
3. l'ampia portata delle disposizioni in esame consente di ricomprendere nel loro 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: ciò in quanto 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 non a disposizione degli altri concorrenti;
4. quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma si applica indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio e per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può ingenerare; la salvaguardia della genuinità della gara va assicurata non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione;
5. dunque (in linea con quanto da ultimo affermato, in ordine allo schema di linee guida ANAC in materia, da Consiglio di Stato, atti normativi, n. 667/2019), 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 ottenuto, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum*;
6. per le sue predette caratteristiche l'art. 42 d. lgs. n. 50/16 ed il correlato art. 80 comma 5

lettera d) del medesimo testo normativo debbono essere ritenute come norme “di pericolo”, in quanto le misure che esse contemplano (astensione dei dipendenti) o comportano (esclusione dell’impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare;

7. quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l’art. 80, comma 5, lett. d) dello stesso Codice prevede, come *extrema ratio*, che sia l’operatore economico a sopportarne le conseguenze con l’esclusione dalla partecipazione alla procedura d’appalto.