



**Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana**

Prot. n. 11884/42/11/2021 del 14 maggio 2021

Pos. n. 2

Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità
Dipartimento regionale Tecnico
(rif. Nota 28 aprile 2021, n. 70535)

Oggetto: *Concorso di progettazione Centro Direzionale della Regione Siciliana. Verifiche effettuate per incompatibilità Presidente e Commissione giudicatrice con i primi classificati al concorso.*

1. Con la nota in riferimento codesto Dipartimento sottopone a questo Ufficio alcune problematiche procedurali attinenti al concorso di progettazione in oggetto indicato e, nella fattispecie, alla sussistenza di cause di incompatibilità per conflitto di interessi, tra i componenti della Commissione giudicatrice ed i raggruppamenti classificati.

La Richiedente Amministrazione, al riguardo, rappresenta di aver acquisito, secondo le forme prescritte dal decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, le dichiarazioni prescritte dalla normativa in vigore (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – legge 6 novembre 2012, n. 190 e decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39) da parte dei soggetti coinvolti, e di avere avviato, nonostante l'esito negativo delle stesse, delle "verifiche" oggetto di apposita relazione, dalla quale sarebbero emersi esiti diversi, tali da orientare le determinazioni della stazione appaltante, anche alla luce della delibera dell'ANAC 15 gennaio 2020, n. 25, verso l'annullamento delle fasi concorsuali poste in essere.

Ciò premesso, codesta Amministrazione chiede l'avviso dello scrivente Ufficio in merito "alle valutazioni fatte dalla stazione appaltante" in relazione, sia alla sussistenza dell'incompatibilità, che al proseguo procedurale della gara; oltre che sull'opportunità di

interessare della vicenda anche l'Avvocatura distrettuale dello Stato, in considerazione di possibili contenziosi consequenziali all'annullamento prospettato.

2. Va preliminarmente sottolineato che questo Ufficio è istituzionalmente chiamato a rendere pareri sulla interpretazione o sull'applicazione di norme regionali (di fonte legislativa o regolamentare), e non anche ad esprimersi in ordine alla legittimità e/o correttezza di atti o provvedimenti, riconducibili esclusivamente alla competenza del richiedente.

Va altresì evidenziato come risulti certamente attualizzata l'opportunità di estendere la presente consultazione alla competente Avvocatura distrettuale dello Stato, che assiste e rappresenta in giudizio l'Amministrazione regionale. Ciò, al fine di garantire una coerente difesa processuale a codesta Amministrazione e di non interferire con la stessa.

In un'ottica di fattiva collaborazione tra Dipartimenti, si rassegnano, tuttavia, le seguenti considerazioni di ordine generale, limitatamente all'interpretazione delle leggi di riferimento.

3. Il controllo sul conflitto di interessi si snoda attraverso una disciplina che abbraccia diversi settori di intervento, richiedendo precisi adempimenti, sia in fase preventiva, la cui sede di elaborazione è il Piano Triennale di prevenzione della corruzione, che successiva.

Tra i primi rientra senz'altro l'obbligo (pena la responsabilità disciplinare) di preventiva dichiarazione, da parte del dipendente pubblico, di assenza di situazioni di conflitto di interessi,¹ correlato al dovere di tenere aggiornata l'amministrazione di appartenenza

1 **Art. 1, legge 6 novembre 2012, n. 190:** "(...) Il piano di cui al comma 5 risponde alle seguenti esigenze:

a) individuare le attività, tra le quali quelle di cui al comma 16, anche ulteriori rispetto a quelle indicate nel Piano nazionale anticorruzione, nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione, e le relative misure di contrasto, anche raccogliendo le proposte dei dirigenti, elaborate nell'esercizio delle competenze previste dall'articolo 16, comma 1, lettera a-bis), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; (23)

b) prevedere, per le attività individuate ai sensi della lettera a), meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione;

c) prevedere, con particolare riguardo alle attività individuate ai sensi della lettera a), obblighi di informazione nei confronti del responsabile, individuato ai sensi del comma 7, chiamato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del piano;

d) definire le modalità di monitoraggio del rispetto dei termini, previsti dalla legge o dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti; (24)

e) definire le modalità di monitoraggio dei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli

sulla sopravvenienza di ipotesi di conflitto di interessi (art. 6, comma 1, del d.P.R. 16 aprile 2013, n.62).

Tra le misure successive assume rilevanza la valutazione della sussistenza della situazione di conflitto. In tale fase il principale strumento consiste nell'obbligo di astensione del soggetto che versa in una situazione di potenziale conflitto di interessi (art. 7 del d.P.R. n. 62/2013).

Il conflitto di interessi trova espressa codificazione anche nel nuovo codice dei contratti pubblici, che costituisce una legge speciale rispetto alla legge n. 190/2012 in materia di anticorruzione.

I principi generali della disciplina del conflitto di interessi nelle procedure di appalto sono attualmente dettati dall'art. 42 del D.Lgs. n. 50/2016, secondo il quale: *“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. 62². (...) Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 (in possibile situazione di conflitto di interessi) è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a*

amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione;

f) individuare specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge (...).”

2 **Art. 7, d.p.r. n. 62/2013:** “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”.

carico del dipendente pubblico.” In tali ipotesi, precisa il successivo comma terzo, scattano l’obbligo di comunicazione alla stazione appaltante e di astensione dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni.

Anche se il codice dei contratti pubblici non contempla direttamente al suo interno l’indicazione di situazioni di conflitto di interessi individuabili mediante qualità personali, esso opera, ai sensi del richiamato art. 42, un rinvio esterno alle ipotesi di obbligo di astensione previste dall’art. 7 del d.P.R. n. 62/2013, recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

La disposizione appena richiamata è evidentemente ricalcata sul disposto dell’art. 51 c.p.c., in quanto, come questo, contiene situazioni che si possono definire di conflitto di interessi conclamato, perché direttamente riconducibili a qualità personali, ed altre situazioni che si possono definire conflitto di interessi potenziale, perché individuabili solo mediante l’esame delle circostanze del caso concreto.

Le lacune generate dall’indeterminatezza delle situazioni che possono generare situazioni di conflitto di interessi non espressamente codificate devono essere colmate mediante un esame teleologico, che tenda ad indagare se effettivamente nel caso concreto l’imparzialità e il buon andamento dell’azione amministrativa della Stazione appaltante siano messi in pericolo.

Al contempo, l’art. 77 del medesimo decreto legislativo, sancisce, per i componenti delle commissioni giudicatrici, oltre l’applicazione diretta delle disposizioni di cui agli articoli 35-bis³ del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, 51 del codice di procedura civile e 42 del codice dei contratti pubblici, una serie di ipotesi di astensione, come declinati ai commi 4 e 5⁴ dello stesso articolo; che dovranno essere oggetto, anch’esse, quali cause

3 **Art. 35-bis del decreto legislativo n. 165/2001:** “Coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale:

a) non possono fare parte, anche con compiti di segreteria, di commissioni per l’accesso o la selezione a pubblici impieghi;

b) non possono essere assegnati, anche con funzioni direttive, agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all’acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o all’erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati;

c) non possono fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l’affidamento di lavori, forniture e servizi, per la concessione o l’erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l’attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere.

2. La disposizione prevista al comma 1 integra le leggi e regolamenti che disciplinano la formazione di commissioni e la nomina dei relativi segretari”.

4 **Art. 77, d.lgs. n. 50/2016, commi 4 e 5:** “I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura.

generali di incompatibilità, di apposita dichiarazione al momento dell'accettazione dell'incarico, ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000⁵ e di accertamento preventivo da parte delle stazioni appaltanti, prima del conferimento dell'incarico.

Sulla materia è intervenuta, come è noto, l'ANAC con la delibera n. 25/2020, con la quale sono state fornite *“Indicazioni per la gestione di situazioni di conflitto di interessi a carico dei componenti delle commissioni giudicatrici di concorsi pubblici e dei componenti delle commissioni di gara per l'affidamento di contratti pubblici”*.

Orbene, l'Autorità di vigilanza, nel compiere un *excursus* in ordine alle pronunce giurisprudenziali registratesi sul tema, ha certamente circoscritto alcuni principi cardine.

In tale contesto è stato ribadito che *“qualsiasi situazione di conflitto di interessi debba essere accertata in concreto dalla stazione appaltante, che dovrà inoltre verificare che la stessa non sia altrimenti risolvibile (...)*. Sussiste in capo 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”*.

Dalla richiamata delibera si evince, ancora, che l'incompatibilità di un commissario dopo l'avvenuto espletamento di alcune attività da parte della commissione di gara, impone, comunque, la necessità di sostituire non soltanto il commissario incompatibile, ma anche tutti gli altri componenti della commissione. Tuttavia, pur ritenendo ammissibile il travolgimento *“per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio”* lo stesso non può dirsi per *“gli atti anteriori, anche in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti a valle, non certo degli atti a monte; la rinnovazione delle operazioni di gara non deve essere tanto radicale da incidere su tutti gli atti a monte, compreso il bando di gara, il disciplinare e tutti gli atti in base ai quali è stata indetta la gara, atteso che il vizio riscontrato riguarda esclusivamente la composizione della*

Coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto cariche di pubblico amministratore, non possono essere nominati commissari giudicatori relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto.

- 5 **Dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà** quale strumento di prevenzione di tali conflitti teso a:
- sensibilizzare i dipendenti al rischio di conflitti di interessi;
 - indicare i settori a rischio da considerare nel controllo della gestione;
 - proteggere i dipendenti dall'accusa, in una fase successiva, di mancata comunicazione di un conflitto di interessi.

commissione, il che non incide affatto, né in senso logico né giuridico, sui predetti atti a monte del procedimento, non inficiandoli in alcun modo”⁶.

Non può sottacersi, inoltre, come l’orientamento giurisprudenziale più recente ribadisca, con fermezza, che il conflitto di interessi non può essere predicato in via astratta, dovendo essere accertata in concreto sulla base di prove specifiche (Consiglio di Stato n. 4762/2020).

Inoltre si conviene anche sul fatto che, affinché un conflitto possa sorgere, è necessario che si sia in presenza di veri e propri interessi, specifici ed attuali, sia con riguardo alle situazioni di conflitto di interesse tipizzate nell’ordinamento, sia con riferimento a quelle non tipizzate. Tanto al fine di evitare che, sulla base di qualunque elemento induttivo soggettivamente interpretabile e meramente strumentale, possa essere messa in discussione l’imparzialità delle commissioni giudicatrici ed in genere degli organi dell’amministrazione, tenuto conto anche delle relevantissime conseguenze e responsabilità derivanti dalla violazione del dovere di astensione gravante sui predetti soggetti in ragione delle norme sopraindicate (T.R.G.A. 18 gennaio 2021, n. 6).

Ciò posto, la condotta di codesta Stazione appaltante non può che essere orientata entro i confini del generale quadro normativo, istituzionale e giurisprudenziale illustrato.

Non di poco conto, in tale contesto, appare l’ulteriore circostanza che le “rilevate” ipotesi di incompatibilità siano state oggetto di apposite dichiarazioni, di contenuto negativo, in relazioni alle quali l’accertamento “in concreto” appare strettamente correlato all’esito del procedimento di verifica prescritto dall’art. 76 del d.p.r. n. 445/2000.

Nelle superiori considerazioni è l’avviso dello Scrivente.

* * *

Si ricorda che, in conformità alla circolare presidenziale 8 settembre 1998, n. 16586/66 98.12, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere senza che codesta

⁶ Cfr TAR Calabria, Catanzaro, n. 1593/2018.

Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati "FONS".

F.to Avv. Giuseppa Mistretta

Il Dirigente
F.to Avv. Anna Maria La Vecchia

L'AVVOCATO GENERALE
F.to Avv. Giovanni Bologna