

## *Effetti del conflitto di interessi sugli atti adottati in ambito edilizio*

**Di MAURIZIO LUCCA**

Nell'immaginario collettivo e nella visione positiva il conflitto di interessi rappresenta la violazione dell'obbligo di imparzialità nell'agire pubblico, quando le decisioni sono adottate in una situazione dove convivono posizioni contrapposte: il soggetto agente che si autoassolve in un procedimento sanzionatorio a suo carico, negando la violazione, o il responsabile dell'ufficio personale che assume se stesso come colui che ha più titoli, sulla base di un bando redatto *sue proprie mani*.

È evidente che quando un soggetto è portatore di interessi propri o personali il disposto normativo, e prima ancora una certa cultura etica minimale, impone l'astensione.

L'astensione, è prevista in presenza di un conflitto di interessi, anche soltanto potenzialmente (*ex art. 6 bis della Legge n. 241/1990*), confliggenti o divergenti rispetto all'interesse generale affidato alle cure dell'organo di appartenenza, risultando ininfluenti che, nel corso del procedimento o del processo decisionale, il detto organo agente abbia proceduto in modo imparziale, ovvero che non sussista prova del condizionamento eventualmente subito in sede di adozione delle proprie determinazioni dalla partecipazione di soggetti portatori di interessi personali diversi, atteso che l'obbligo di astensione - per incompatibilità - è espressione del principio generale di imparzialità e di trasparenza (*ex art. 97 Cost.*) al quale ogni P.A. deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione<sup>1</sup>.

L'obbligo di astensione prescinde dal vantaggio che il pubblico dipendente consegue e dal danno sofferto dall'Amministrazione<sup>2</sup>, in quanto la norma mira a prevenire e a evitare il sorgere di posizioni, anche solo all'apparenza, non trasparenti e a garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa: elemento determinante è la presenza di un interesse riferito alla sfera personale: con un giudizio prognostico *ex ante*, si intende impedire l'esercizio del potere amministrativo neutro onde evitare che la contaminazione della decisione da fini generali ma personali, deprimendo l'immagine di indipendenza di giudizio e di terzietà che deve presidiare l'azione amministrativa, a baluardo del principio di legalità e integrità.

In ambito negoziale (*ex art. 42 del D.Lgs. n. 50/2016*)<sup>3</sup> per l'individuazione del 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; ovvero, per una determinata posizione del concorrente non diversamente risolvibile (*ex art. 80, comma 5 lett. d) del Codice dei contratti pubblici*), così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio

---

<sup>1</sup> Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5465.

<sup>2</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415.

<sup>3</sup> Di recepimento degli artt. 24 della Direttiva 2014/24/UE, 42 della Direttiva 2014/25/UE e 35 della Direttiva 2014/23/UE, con l'evidente volontà di creare meccanismi di prevenzione dei fenomeni corruttivi, anche mediante l'individuazione e la regolazione delle situazioni di conflitto di interessi, Corte Giust. UE, 12 marzo 2015, C- 538/131.

competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum*<sup>4</sup>.

Di converso, nelle commissioni di gara, l'art. 77, comma 4, del Codice dei contratti pubblici (analogamente all'immediato antecedente normativo costituito dall'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006), valorizza la neutralità del processo decisionale, *rectius* l'assenza di ogni conflitto di interessi, anche solo con riferimento ad un apporto istruttorio tale da condizionare il giudizio: la *ratio legis* è volta proprio ad evitare la partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti, interni o esterni, alla stazione appaltante che abbiano avuto un ruolo significativo, tecnico o amministrativo, nella predisposizione degli atti di gara, tale cioè che possa condizionare, sotto il profilo della soggettiva interpretazione delle regole di gara, ovvero dell'imparzialità, lo svolgimento della procedura di gara o l'attività valutativa delle offerte<sup>5</sup>.

In effetti, l'incompatibilità sussiste quando è dimostrato la conoscenza del contenuto degli atti di gara acquisita per ragioni d'ufficio o di servizio (una coincidenza o coesistenza di funzioni)<sup>6</sup>; valutazione - in concreto - che deve tenere conto della portata della funzione o dell'incarico svolti dal singolo commissario e della relativa incidenza nello svolgimento della determinata procedura di gara, con il connesso obbligo di segnalazione e sostituzione<sup>7</sup>.

La sez. III del T.A.R. Campania, Napoli con la sentenza 14 dicembre 2018, n. 7182, conferma tali posizioni, rilevando che la presenza del conflitto di interessi travolge l'intero procedimento decisorio: nel caso di specie, rilascio di un'autorizzazione paesaggistica per interventi edilizi viziata per la mancata comunicazione di un conflitto di interessi che imponeva l'astensione.

Il gravame: violazione dell'art. 6 *bis* della Legge n. 241/1990 per incompatibilità conseguente a conflitto d'interessi del Responsabile Unico del Procedimento per il rilascio dei titoli edilizi, posto che lo stesso sarebbe legato da un pregresso e consolidato rapporto professionale di consulenza ed assistenza tecnica con i controinteressati (coloro che chiedevano l'atto autorizzatorio), ed in ogni caso, verserebbe in posizione d'interesse, diretto e indiretto, rispetto alla pratica edilizia, tale da imporre la sua astensione.

Il Tribunale accoglie il ricorso, condannando l'Amministrazione civica alle spese, stante la fondatezza con rilievo assorbente del gravame; ovvero, al di là dei diversi e altri profili.

L'analisi giuridica valuta un caso concreto:

---

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355; *idem* sez. V, 3 settembre 2018, n. 5158.

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2015, n. 226.

<sup>6</sup> Il Cons. Stato, Commissione speciale, parere n. 1767/2016 del 2 agosto 2016, relativamente alle indicazioni sulle Linee Guida ANAC relative al RUP, aveva osservato che la disposizione (il comma 4 dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016, esclude una forma di automatica incompatibilità con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, poi ripreso nel parere n. 2040 del 25 settembre 2017, e recepito definitivamente con determinazione ANAC n. 1007 dell'11 ottobre 2017, di aggiornamento delle Linee Guida n. 3, recanti «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*». Cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2018, n. 6447, 26 ottobre 2018, n. 6082 e n. 6089; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2018, n. 11781; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 15 novembre 2018, n. 8632 e 5 gennaio 2018, n. 87; Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2015, n. 5299 e 17 novembre 2014, n. 5632.

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2019, n. 283. Ogni qualvolta emergano elementi che siano idonei, anche soltanto sotto il profilo potenziale, a compromettere il delicato e cruciale ruolo di garante di imparzialità delle valutazioni affidato alle commissioni di gara, questo fatto dovrebbe comportare la sostituzione di tutti i commissari, atteso che la sostituzione totale di tutti i commissari, in luogo del solo commissario designato in modo illegittimo, garantisce maggiormente il rispetto del principio di trasparenza nello svolgimento delle attività di gara, Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2018, n. 6299.



- a. il Regolamento Edilizio Comunale, stabilisce che: «*Quando la Commissione debba trattare argomenti nei quali si trovi direttamente o indirettamente interessato uno dei suoi membri, questi, se presente, deve denunciare tale sua condizione e non deve assistere all'esame, alla discussione ed al giudizio relativo all'argomento stesso. Della osservanza di questa prescrizione va presa nota nel verbale*»;
- b. il precetto normativo dell'art. 6 bis della Legge n. 241/1990 in tema di “*Conflitto d'interessi*”, inserito nel corpo della Legge cit. dall'art. 1, comma 41, della Legge n. 190/2012 (c.d. legge anticorruzione) – statuisce che: «*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endo-procedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*».

Il quadro delle norme impone l'astensione in presenza di un interesse personale, con obbligo di segnalazione della posizione compromessa e contestuale totale astensione.

Emerge sotto il profilo fattuale, non smentito, che il Responsabile (colui che ha adottato gli atti) è legato da un pregresso rapporto professionale di consulenza ed assistenza tecnica con i controinteressati, a nulla rilevando che tale rapporto sarebbe ritenuto «*del tutto episodico ed occasionale*».

L'assunto non persuade poiché:

- 1) nel procedimento avviato dai controinteressati e conclusosi con il rilascio del permesso di costruire il Responsabile figura quale progettista, come emerge dagli elaborati progettuali recanti il suo timbro e la sua firma;
- 2) il procedimento conclusosi con il rilascio del permesso di costruire in sanatoria ha come progettista il coniuge del Responsabile, come si evince dagli elaborati progettuali recanti il timbro dello studio tecnico;
- 3) riguardo all'impugnata autorizzazione paesaggistica, i relativi elaborati progettuali sono stati curati dalla sorella del coniuge del Responsabile (anche riguardo all'assunto del rapporto di parentela non vi è alcuna smentita da parte dei controinteressati).

Appare acclarato il legame di parentela.

È noto che il “*familismo*” è una delle possibili forme che può assumere il conflitto di interessi, in presenza del quale sorge l'obbligo di astensione del pubblico dipendente oggi enunciato in termini generali dall'art. 6 bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, ma da epoca ben più risalente conosciuto e disciplinato dall'ordinamento (si pensi all'art. 290 del R.D. 4 febbraio 1915, n. 290), al punto da integrare una delle tradizionali figure sintomatiche dell'eccesso di potere<sup>8</sup>.

Il Responsabile ha prestato in via diretta attività professionale in favore dei controinteressati; per gli altri due titoli, tra i quali l'autorizzazione paesaggistica contestata, risulta comunque indirettamente coinvolto, posto che l'attività professionale di consulenza ed assistenza è stata svolta tramite lo studio tecnico di cui ha fatto parte.

Invero, la pregressa attività professionale ed i rapporti di coniugio ed affinità con professionisti dello studio tecnico al quale i controinteressati si sono rivolti, sono tali da materializzare l'esistenza di indici sintomatici tipici della situazione di “*conflitto d'interessi*”, o almeno da alimentarne il

---

<sup>8</sup> T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 2 febbraio 2018, n. 186.



mero sospetto, anch'esso comunque rilevante ai fini della tenuta del principio di imparzialità dell'amministrazione.

Si aggiunge all'evidente conflitto la mancata astensione:

- a) ha presieduto le sessioni della Commissione Locale per il Paesaggio e sottoscritto quale Presidente i relativi verbali, senza dichiarare né in altro modo prospettare la propria condizione d'incompatibilità;
- b) non ha osservato l'obbligo di allontanarsi dalla seduta al momento della trattazione della pratica dei controinteressati, avendo al contrario partecipato alle fasi relative ad esame, discussione e decisione;
- c) ha svolto l'istruttoria del procedimento relativo alla pratica edilizia avviata con l'istanza dei controinteressati ed ha sottoscritto l'autorizzazione paesaggistica.

A questo punto, il Tribunale ricorda che, in materia di conflitto d'interessi nel procedimento amministrativo, costante e condivisa giurisprudenza ha rinviato all'applicazione delle cause d'incompatibilità e di astensione codificate dall'art. 51 c.p.c., le quali rappresentano il catalogo degli obblighi di comportamento ed astensione anche per il funzionario pubblico, così come interpretate dalla stessa giurisprudenza che ha esteso tale obbligo a tutte le ipotesi nelle quali si possa manifestare il solo sospetto di violare i principi costituzionali d'imparzialità, parità di trattamento, buon andamento e trasparenza di cui all'art. 97, recepiti in ambito legislativo dagli artt. 1 e 6 bis della Legge n. 241/1990<sup>9</sup>.

Non viene citato l'obbligo di astensione nelle ipotesi, meramente esemplificative e a contenuto minimo, previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62 (c.d. Codice di comportamento), ove si stabilisce anche che sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza: la segnalazione del conflitto deve essere indirizzata al dirigente, il quale, esaminate le circostanze, valuta se la situazione realizza un conflitto di interesse idoneo a ledere l'imparzialità dell'agire amministrativo<sup>10</sup>.

Non viene citato nemmeno il PNA 2016 (ANAC, Delibera n. 831 del 3 agosto 2016) dove, nella parte speciale "*Governo del Territorio*", tra i possibili eventi rischiosi nell'assegnazione delle pratiche edilizie per l'istruttoria si annota «*In questa fase il principale evento rischioso consiste nella assegnazione a tecnici in rapporto di contiguità con professionisti o aventi titolo al fine di orientare le decisioni edilizie*», rilevando che una qualche misura doveva, quanto meno, essere indicata nel PTPCT.

Nessun valore è stato poi dato al fatto che i controinteressati abbiano sottolineato che «*a riprova dell'equidistanza*» e «*della serenità di giudizio*» nello svolgimento del proprio lavoro il Responsabile Unico nell'ambito del procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, abbia richiesto, in sede istruttoria, «*integrazione documentale, ufficialmente e regolarmente*», pena la decadenza automatica della stessa pratica al decorso infruttuoso di giorni 30.

<sup>9</sup> Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 19 febbraio 2015, n. 84; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 17 marzo 2014, n. 580; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 5 giugno 2013, n. 459.

<sup>10</sup> Allegato 1, «*B.6 Astensione in caso di conflitto di interesse*», pag. 44 ss., del primo PNA, adottato con Delibera CIVIT n. 72 del 11 settembre 2013.



Queste iniziative, sentenza il Giudice di prime cure della sez. III Napoli, Campania. con la sentenza del 14 dicembre 2018, n. 7182, non appaiono sufficienti ad elidere la potenziale condizione d'incompatibilità, posto che non rispondono ai comportamenti tipizzati che lo stesso legislatore:

1. obbligo di segnalare al soggetto che lo ha nominato tale situazione di conflitto, anche potenziale;
2. per poi eventualmente astenersi.

Questa condotta tipizzata dal quadro normativo sul conflitto di interessi «*rappresenta un comportamento dovuto da parte del funzionario dell'amministrazione nello svolgimento dell'attività alla quale è preposto, allo scopo di evitare anche il semplice sospetto di avere condotto istruttorie procedurali ed adottato provvedimenti i quali appaiano il risultato di una deviazione dai menzionati principi declinati dall'art. 97 Cost e dall'art. 1 della L. n. 241/1990*».

Le conseguenze dirette comportano l'annullamento del titolo edilizio (autorizzazione paesaggistica) rilasciato in conflitto di interessi.

Si può anche concludere che «*nel caso in cui sussista un conflitto di interessi anche potenziale, l'obbligo di astensione dei pubblici dipendenti di cui all'art. 6 bis, della legge n. 241/1990 costituisce una regola di carattere generale che non ammette deroghe ed eccezioni*»<sup>11</sup>.

È noto, altresì, che la violazione di tali regole di condotta comportano, l'avvio del procedimento disciplinare, imprejudicati profili di natura erariale e penale.

---

<sup>11</sup> ANAC, Orientamento n. 95 del 7 ottobre 2014 e n. 78 del 23 settembre 2014.