

Il conflitto di interessi nella nuova formulazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 36 del 2023: qualificazione della fattispecie e onere della prova

di Paola Buonagura

Data di pubblicazione: 9-10-2026

Con riferimento alla natura del conflitto di interessi, anche alla luce della disciplina più recente, deve ragionevolmente ritenersi che esso abbia conservato la sua natura di fattispecie di pericolo.

Il Collegio ritiene che l'interesse pubblico tutelato dalle disposizioni in tema di conflitto di interessi nel settore dei contratti pubblici è anche – e soprattutto – quello al pieno esplicarsi della concorrenza ed allo svolgersi della procedura di affidamento in condizioni di effettiva par condicio tra tutti gli operatori economici; ciò che si ricava anche alla luce del quadro normativo europeo presupposto.

Con riferimento al regime probatorio del conflitto di interessi si registrano nel comma 2 dell'art. 16 significative innovazioni rispetto al regime normativo precedente. Viene infatti introdotto un "doppio" onere della prova: 1) in primo luogo, la "percepita minaccia all'imparzialità e all'indipendenza", generata dalla posizione individuale dell'organo agente, deve "essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati"; 2) in secondo luogo, la suddetta minaccia "deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro".

Di tale secondo comma si rende necessaria una lettura costituzionalmente orientata e coerente: a) con la disposizione di cui al comma 1 dello stesso art. 16; b) con le richiamate disposizioni della direttiva 2014/24/UE in materia di conflitto di interessi; c) con le disposizioni della c.d. direttiva ricorsi (89/665/CEE).

In tale prospettiva, l'espressione "interessi effettivi" utilizzata oggi dall'art. 16 del codice dei contratti deve ragionevolmente riferirsi alla necessità che la "minaccia" al regolare svolgimento della procedura debba essere sostenuta sulla base di dati oggettivi, specifici e concreti e non meramente predicata in astratto; che l'"interesse" personale, del quale si assume essere portatore il funzionario in ipotizzata posizione di conflitto, debba essere allegato e provato sulla scorta di dati oggettivi riferiti a specifiche mansioni o funzioni da lui espletate e non riconducibile ad una semplice posizione formale ricoperta nell'organizzazione della p.a.; che l'inciso per cui deve trattarsi di interessi "la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro" debba essere inteso nel senso che non comporti necessariamente l'onere di provare che tale subordinazione di fatto vi sia stata ma - più semplicemente - che si tratti di interessi "irriducibili", ossia inconciliabili con il corretto perseguimento anche dell'interesse pubblico.

In estrema sintesi, all'esito della disamina che precede, deve ragionevolmente concludersi per la perduranza del conflitto di interessi quale fattispecie di pericolo, sebbene da dimostrarsi con l'allegazione di elementi concreti e specifici; in tal guisa pervenendo a conciliare - sul piano sistematico - la finalità per cui tale normativa è posta nell'ordinamento degli appalti con l'intento di ridurre gli intralci allo sviluppo dell'azione amministrativa.

Guida alla lettura

1. Inquadramento generale

Con la **pronuncia n. 7110 del 25 settembre 2026**, i Giudici della Terza Sezione del Consiglio di Stato hanno chiarito che il **conflitto di interessi, nella nuova formulazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 36 del 2023, conserva la natura di fattispecie di pericolo, sebbene da dimostrarsi con l'allegazione di elementi concreti e specifici**, e impone un **"doppio" onere della prova in capo a chi contesta la sussistenza del conflitto**. In particolare, il Collegio, sulla scorta di un'interpretazione dell'art. 16, comma 2, costituzionalmente orientata e coerente con la disciplina europea, ha statuito che: **la "minaccia" al regolare svolgimento della procedura deve essere sostenuta sulla base di dati oggettivi, specifici e concreti; l'"interesse" personale, del quale si assume essere portatore il funzionario in ipotizzata posizione di conflitto, deve essere allegato e provato sulla scorta di dati oggettivi**; l'inciso per cui deve trattarsi di interessi *"la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro"* deve essere inteso nel senso che si tratti di **interessi inconciliabili con il corretto perseguimento anche dell'interesse pubblico**.

La pronuncia in commento si distingue perché contiene un'interpretazione **in parte innovativa del conflitto di interessi nelle procedure ad evidenza pubblica** e perché rivela la **necessità di conciliare lo scopo perseguito dalla norma, di non lasciare impunte situazioni di conflitto anche meramente potenziali, con l'esigenza di garantire il buon andamento dell'azione amministrativa**. Più nel dettaglio, i giudici offrono un'interpretazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 36 del 2023 che contribuisce a chiarire la *ratio* della norma e a delineare le coordinate utili per verificare la sussistenza di una situazione di conflitto in concreto. A tal fine, è estremamente utile ripercorrere la vicenda da cui trae origine la sentenza.

Nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Sant'Andrea ha espletato una **procedura ex art. 50, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 36 del 2023** per l'affidamento del servizio di controllo dosimetrico e della fornitura di dispositivi di sorveglianza dosimetrica per gli ambienti classificati a rischio radiazioni ionizzanti e per il personale esposto a radiazioni ionizzanti, per la durata di 48 mesi. Il gestore uscente e un'altra società, hanno manifestato interesse a partecipare alla procedura, ma le loro offerte sono state valutate equivalenti dal punto di vista tecnico. Pertanto, il contratto è stato affidato alla nuova società sulla base del prezzo più basso offerto. Il gestore uscente, seconda classificata e appellante, ha contestato l'aggiudicazione sulla base di un presunto conflitto di interessi, poiché il legale rappresentante della società aggiudicataria - appellata - aveva anche ricoperto il ruolo di esperto di radioprotezione presso la stazione appaltante, in tal modo godendo di un indebito

vantaggio competitivo.

Il Collegio ha confermato la sentenza di primo grado in ordine all'insussistenza della situazione di conflitto di interessi con una motivazione differente.

In particolare, secondo i Giudici, *“la questione ruota innanzitutto intorno **all'interpretazione dell'art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 nel nuovo testo; più in dettaglio, sulla qualificazione giuridica della fattispecie del conflitto di interessi nella nuova disciplina e sull'intensità dell'onere probatorio gravante su chi lamenta il conflitto stesso**”*.

2. La prima questione: la qualificazione giuridica della fattispecie del conflitto di interessi

Secondo il giudice di prime cure, **la fattispecie del conflitto di interessi ha subito profonde modifiche rispetto alla disciplina prevista nel codice del 2016**. Con l'art. 16 del d.lgs. n. 36 del 2023, infatti, il legislatore ha **inteso colpire solo le situazioni di conflitto effettivo**, escludendo ogni rilevanza al conflitto meramente potenziale. Pertanto, **l'onere della prova si sostanzia nella dimostrazione di un pregiudizio effettivo**, ossia nella prova *“del fatto che la compresenza in capo a uno stesso soggetto di un interesse personale (o comunque diverso) in aggiunta all'interesse pubblico (“funzionalizzato”) sotteso all'affidamento si sia tradotta in un danno a quest'ultimo, per effetto dell'accertata prevalenza del primo”*. Nel caso preso in esame, in particolare, secondo il TAR, il pregiudizio effettivo sarebbe da rinvenirsi sul piano della convenienza economica dell'operazione contrattuale per l'Amministrazione committente.

In termini diametralmente opposti, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto insostenibile un'interpretazione che assegni alla nuova disciplina dell'art. 16 una portata radicalmente innovativa: **il conflitto di interessi era e rimane una fattispecie di pericolo**. In tal senso depongono sia il dato letterale sia il dato sistematico.

Sulla base del **dato letterale**, infatti, il conflitto sorge qualora il soggetto risulti portatore di *“un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione”*. Secondo i Giudici, **“il riferimento alla “percezione” di una possibile minaccia all'imparzialità e indipendenza del soggetto” è “in sé eloquente”**.

Sulla base del **dato sistematico**, l'espunzione dal primo comma della disposizione della precisazione per cui la minaccia determinata dall'interesse dell'agente doveva essere “concreta ed effettiva” (d.l. 29 settembre 2023, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 novembre 2023, n. 170), sembrerebbe **“confermare la perdurante rilevanza anche solo potenziale del pregiudizio che la presenza di un conflitto di interessi può provocare all'imparzialità e al buon andamento della p.a.”**. Del resto, già la giurisprudenza precedente al codice del 2023 sosteneva la rilevanza del conflitto potenziale e precisava solo che il conflitto dovesse essere verificato non in termini astratti, ma sulla base di elementi oggettivi e concreti.

Pertanto, *“anche alla luce della disciplina più recente, **deve ragionevolmente ritenersi che il conflitto di interessi abbia conservato la sua natura di fattispecie di pericolo**”*.

Seguendo tale interpretazione, il Supremo Consesso non ha condiviso neppure la scelta del giudice di primo grado di verificare il pregiudizio derivante dalla situazione di conflitto ponendo attenzione solo al piano dei costi sostenuti dall'Amministrazione, come se la sussistenza del conflitto fosse legata indissolubilmente alla prova di un vantaggio patrimoniale arrecato all'Amministrazione. Diversamente argomentando, secondo il Collegio, *“l'interesse pubblico tutelato dalle disposizioni in tema di conflitto di interessi nel settore dei contratti pubblici è anche – e soprattutto – quello al pieno esplicarsi della concorrenza ed allo svolgersi della procedura di affidamento in condizioni di effettiva par condicio tra tutti gli operatori economici; ciò che si ricava anche alla luce del quadro normativo europeo presupposto”* (si veda l'art. 24 della direttiva 2014/24/UE, par. 1).

3. La seconda questione: il regime probatorio in tema di conflitto di interessi

I Giudici del Consiglio di Stato hanno chiarito che il comma 2 dell'art. 16 - in modo radicalmente innovativo rispetto al codice previgente - impone **“un “doppio” onere della prova”**:

1) *in primo luogo, la “**percepita minaccia all'imparzialità e all'indipendenza, generata dalla posizione individuale dell'organo agente, deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati**”*;

2) *in secondo luogo, la suddetta minaccia “**deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro**”*.

Il Collegio ha interpretato l'irrigidimento dell'onere probatorio come la **ricerca di un punto di equilibrio tra l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa**. Infatti, al fine di *“evitare che l'emersione di eventuali interferenze tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico rallenti l'azione amministrativa e impedisca la sollecita aggiudicazione ed esecuzione di appalti o concessioni”*, è stata introdotta *“una regola istruttoria evidentemente preordinata a ridurre al minimo le segnalazioni di conflitti di interesse fatte dai concorrenti”*.

Se ne deduce - in accordo con il giudice di prime cure e con l'orientamento giurisprudenziale già ampiamente diffuso anteriormente all'entrata in vigore del codice - che **il conflitto di interessi deve essere supportato da elementi specifici, oggettivi e concreti**. Tuttavia, non è possibile ritenere che l'onere probatorio debba spingersi sino a ritenere necessaria - come sostenuto dal TAR - la prova di un pregiudizio effettivo in conseguenza della situazione di conflitto. Seguendo questa tesi, infatti, si rischierebbe di lasciare impuniti i soggetti in ipotesi di conflitto meramente potenziali; *“più precisamente, l'opzione ermeneutica seguita rischia di creare una divaricazione tra l'obbligo di astensione del funzionario cui sia riferibile detta posizione individuale, ancora oggi configurabile ai sensi del comma 1 dell'art. 16, e gli strumenti di tutela in ipotesi di comportamento omissivo del funzionario stesso (che non si astenga motu proprio), pur posto in essere in violazione della stessa prescrizione;*

comportamento che non sarebbe contestabile dai partecipanti alla gara né sindacabile da parte del giudice amministrativo (comma 2), con compromissione del diritto di difesa dei cittadini rispetto a condotte scorrette della pubblica Amministrazione, non trasparenti e lesive della par condicio”.

Per evitare allora di frustrare lo scopo perseguito dalla disciplina del conflitto di interessi e di entrare in aperto conflitto con gli artt. 24, 103 e 113 Cost., **il Collegio ha offerto un’interpretazione dell’art. 16, comma 2, costituzionalmente orientata e coerente con la disciplina europea.** In tale prospettiva:

- *“l’espressione **“interessi effettivi”** utilizzata oggi dall’art. 16 del codice dei contratti deve ragionevolmente riferirsi alla necessità che la “minaccia” al regolare svolgimento della procedura debba essere sostenuta sulla base di dati oggettivi, specifici e concreti e non meramente predicata in astratto;*
- *l’**“interesse” personale**, del quale si assume essere portatore il funzionario in ipotizzata posizione di conflitto, debba essere allegato e provato sulla scorta di dati oggettivi riferiti a specifiche mansioni o funzioni da lui espletate e non riconducibile ad una semplice posizione formale ricoperta nell’organizzazione della p.a.;*
- *l’inciso per cui deve trattarsi di interessi **“la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all’altro”** debba essere inteso nel senso che non comporti necessariamente l’onere di provare che tale subordinazione di fatto vi sia stata ma - più semplicemente - che si tratti di interessi “irriducibili”, ossia inconciliabili con il corretto perseguimento anche dell’interesse pubblico”.*

4. La prova del conflitto di interessi nel caso concreto

Passando al caso esaminato nella pronuncia in commento, secondo i Giudici, l’appellante non ha fornito la prova circa il rischio concreto di interferenza dell’incarico, svolto presso l’Amministrazione committente dal legale rappresentante della società aggiudicataria, con la gara.

Né l’appellante ha dimostrato la presunta asimmetria informativa che lo avrebbe colpito. Al contrario, secondo il Collegio, *“l’astratta “simmetria” delle posizioni rivestite dagli unici due concorrenti in gara”* ha permesso ad entrambe di godere di possibili vantaggi informativi, poiché, da un lato, il legale rappresentante dell’aggiudicataria poteva contare su un cumulo di incarichi, dall’altro, la seconda classificata era il gestore uscente del servizio.

Le offerte tecniche di entrambi i concorrenti, peraltro, avevano conseguito un punteggio sovrapponibile e la scelta tra le due era stata determinata dal prezzo, *“elemento evidentemente indipendente dal possibile vantaggio informativo ascrivibile all’uno o altro”.*

Secondo il Collegio, dunque, l’appellante non ha provato né l’interferenza della posizione rivestita dal soggetto con la gara né i presupposti concreti su cui si sarebbe fondato il rischio di interferenza denunciato.

<https://www.eius.it/giurisprudenza/2026/5300439>