



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 527 DEL 17 maggio 2017

OGGETTO: Istanza singola – Lavori di adeguamento del Campo Sportivo Mario Vecchio – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 612.769,44 – S.A.: Comune di Capaccio Paestum (SA).

PREC 32/17/L

Commissione di gara – Conflitto di interesse – Obbligo di astensione

La sussistenza di una situazione di incompatibilità dei membri della commissione di gara, tale da imporre l'obbligo di astensione, deve essere valutata *ex ante*, in relazione agli effetti potenzialmente distorsivi che il difetto di imparzialità potrebbe determinare in relazione alla situazione specifica. Per tale motivo è necessario che i commissari di gara dichiarino, prima della nomina, ogni eventuale situazione di conflitto, anche solo potenziale, al fine di consentire alla Stazione appaltante una valutazione di merito in ordine alla sussistenza dell'obbligo di astensione qualora la situazione sia tale da escludere di fatto ogni dubbio circa eventuali interessi dei commissari che potrebbero pregiudicare l'imparzialità del loro giudizio.

Artt. 42 e 77 del d.lgs. n. 50/2016, art. 6-*bis* della legge n. 241/90

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. ANAC n. 185345 del 15.12.2016, la società D&V Costruzioni Elettriche Generali Snc chiede all'Autorità di pronunciarsi in merito alla legittimità della procedura di gara in oggetto, con precipuo riferimento alla mancata astensione del Presidente della Commissione di aggiudicazione, il quale risulterebbe essere fratello del Responsabile Tecnico della società Rizzo Costruzioni Srl, aggiudicataria dell'appalto.

Dalla documentazione fornita risulta che il RUP, con nota del 22.11.2016, a seguito di espressa contestazione da parte dell'odierno istante e di altre due società partecipanti alla selezione, ha avviato un procedimento di revoca in autotutela della proposta di aggiudicazione della gara motivato appunto sulla base dell'asserita incompatibilità del Presidente della Commissione.

Con provvedimento del 7.12.2016, il RUP – a conclusione del procedimento di revoca testé menzionato – ha comunicato alle parti il rigetto dell'istanza di autotutela per mancanza dei necessari presupposti. Segnatamente, secondo il RUP l'istanza non può trovare accoglimento per i seguenti motivi:

- 1) il Presidente della Commissione, pur non avendo menzionato nel verbale l'ipotesi di incompatibilità, nell'ambito del procedimento di revoca, ha riferito di aver telefonicamente



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- interpellato il proprio congiunto accertando l'assenza di qualsiasi rapporto professionale di quest'ultimo con la società aggiudicataria da oltre un decennio;
- 2) quest'ultimo, inoltre, ha prodotto una dichiarazione con la quale attesta la mancanza di rapporti professionali con la società aggiudicataria e che l'incarico di Responsabile Tecnico risulterebbe ancora presente nel Registro delle Imprese a causa della mancata cancellazione del proprio nominativo dal Camerale da parte della stessa impresa;
 - 3) egli stesso *“al fine di fugare ogni dubbio del buon andamento dei lavori della commissione ha provveduto all'analisi dei verbali di gara, traendone la convinzione della linearità del procedimento di valutazione seguito”*.

Con nota prot. n. 22372 del 10.2.2017 è stato comunicato alle parti l'avvio del procedimento, cui sono seguite:

- A) una memoria da parte del RUP, che sostanzialmente ripercorre tutte le fasi della vicenda già illustrate;
- B) documentazione integrativa da parte della ditta istante, consistente nella delibera di Giunta Comunale del 15 febbraio 2017, con la quale è stato stabilito di utilizzare le economie di gara per l'esecuzione di lavori complementari, e nella copia del contratto di appalto per i lavori di adeguamento del campo sportivo Mario Vecchio – rep. 4070/2017;
- C) una memoria della società Rizzo Costruzioni Srl, aggiudicataria definitiva della gara, nella quale, oltre ad essere esplicitate le ragioni per cui il conflitto di interesse debba essere considerato solo apparente (il Responsabile Tecnico risultato essere in rapporto di parentela con il Presidente della Commissione infatti *“non ha mai svolto alcuna attività gratuita o a pagamento per la società Rizzo Costruzioni essendo stato incaricato solo per l'eventuale e ami conseguita attestazione per le categorie OG10 e OG11”*), sono illustrate le ragioni per cui la figura del Responsabile Tecnico, in quanto non apicale, *“non potrebbe comunque essere assunta a riferimento per la valutazione della sussistenza di eventuali e potenziali conflitti di interesse”*.

Ritenuto in diritto

Com'è noto, le commissioni di gara devono essere composte da commissari che non abbiano alcun conflitto di interesse o coinvolgimento nella definizione dell'oggetto di gara, in modo da scongiurare qualsiasi rischio di favoritismo o arbitrarietà nella valutazione delle offerte presentate dai concorrenti. Ciò costituisce un corollario delle regole della trasparenza e dei principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione.

La sussistenza di una situazione di incompatibilità dei membri della commissione di gara, tale da imporre l'obbligo di astensione, deve essere valutata *ex ante*, in relazione agli effetti potenzialmente distorsivi che il difetto di imparzialità potrebbe determinare in relazione alla situazione specifica; tuttavia, proprio in ragione del peculiare tipo di valutazione che deve essere compiuta, è necessario che essa venga svolta con estrema cautela, in relazione agli elementi oggettivi di giudizio, al fine di evitare



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

che l'obbligo di astensione possa essere esteso a ipotesi e fattispecie non contemplate dalla normativa di riferimento.

La normativa cui si fa riferimento è costituita dall'art. 6-bis della legge n. 241/90 (introdotto dall'art. 1, comma 41, legge n. 190 del 2012), nonché dagli artt. 42 e 77 del Codice appalti. La prima norma, di carattere generale, stabilisce che *"Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale"*; le altre due contengono disposizioni volte a prevenire all'origine possibili conflitti di interesse *"...in modo da evitare da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici"*, definendo cosa si debba intendere per conflitto di interessi (art. 42) e dettando specifiche misure preventive soprattutto in relazione alla costituzione delle commissioni di gara e alla nomina dei commissari (art. 77).

Nel caso che ci occupa, dalla documentazione del procedimento di revoca in autotutela avviato dal RUP emerge che il Presidente della Commissione, evidentemente a conoscenza dell'incarico formalmente ricoperto dal fratello nella società Rizzo Costruzioni, provvede ad interpellare telefonicamente quest'ultimo, verosimilmente al fine di verificare la sussistenza di una effettiva incompatibilità con il ruolo assegnatogli, che ne avrebbe determinato l'obbligo di astensione. Di tali dubbi, tuttavia, non risulta traccia prima dell'apertura del procedimento di revoca da parte del RUP, in quanto il Presidente designato ha dichiarato, ai sensi dell'art. 77, comma 9 del Codice, l'inesistenza di cause di incompatibilità e di astensione di cui ai commi 4, 5 e 6 del medesimo articolo.

In particolare verrebbe in rilievo, nella fattispecie, il comma 6 laddove viene specificato che *"Si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 51 del codice di procedura civile, nonché l'articolo 42 del presente codice"* e, più precisamente, le disposizioni di cui all'art. 51 c.p.c. a norma del quale *"Il giudice ha l'obbligo di astenersi:*

- 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;*
- 2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;*
- 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;*
- 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;*
- 5) se è tutore, curatore, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa. In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio (autorizzazione ad astenersi; quando (astensione riguarda il capo dell'ufficio (autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore)".*

E' evidente che, poiché le norme in discussione sono volte ad evitare che possano sorgere dubbi sull'imparzialità e la correttezza dell'agire del funzionario pubblico, l'interprete dovrà considerare, non



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

solo i conflitti attuali (o reali), ma anche quelli c.d. potenziali. L'art. 6-bis («conflitto di interessi») della l. 241/1990 – introdotto dall'art. 1, comma 41, della l. 190/2012 – stabilisce infatti che *«il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale»*.

Sotto questo profilo è considerato che la normativa attualmente in vigore, mirando chiaramente a prevenire *ab imis* l'insorgere di dubbi circa l'imparzialità di giudizio dei commissari di gara, prescinde dall'effettività del conflitto di interessi anticipandone la soglia di rilevanza giuridica alla mera possibilità, a poco rileva la considerazione che il Responsabile Tecnico dell'impresa aggiudicataria, fratello del Presidente della Commissione, non abbia di fatto mai esercitato alcuna attività lavorativa a favore di tale società.

Passando poi brevemente in rassegna le motivazioni addotte dalla Rizzo Costruzioni nella memoria controdeduttiva al fine di sostenere le ragioni della Stazione appaltante e, dunque, della regolarità della procedura di gara, appare inconferente la principale argomentazione spesa dall'aggiudicataria e sostanzialmente focalizzata sulla dimostrazione dell'estraneità della figura del Responsabile Tecnico rispetto agli interessi dell'impresa all'aggiudicazione dell'appalto. Secondo siffatta interpretazione, il conflitto in discussione sarebbe solo apparente, e pertanto inesistente, atteso che *“la qualità ricoperta dal responsabile tecnico non può in alcun modo, soprattutto per genesi e funzioni essere equiparata a quella di un amministratore; come tale non può essere assunta a figura di riferimento, in quanto non apicale, per la valutazione di sussistenza di eventuali e potenziali conflitti di interesse”*.

Sennonché tale ricostruzione non trova conferma in alcuna delle norme, più sopra citate, in materia di conflitto di interessi e di obbligo di astensione, per le quali, ai fini della configurabilità del conflitto, non rilevano la qualifica o l'incarico ricoperti nella società partecipante alla gara, quanto piuttosto il fatto oggettivo che sussista un qualche legame tra il soggetto valutatore e i soggetti valutati che possa astrattamente (o concretamente) inficiare l'imparzialità del giudizio. Si veda in tal senso la stessa giurisprudenza amministrativa, secondo la quale *«L'obbligo di astensione, per incompatibilità, dei componenti un organo collegiale si verifica per il sol fatto che questi siano portatori di interessi personali atti ad inverare una posizione di conflittualità o anche di divergenza rispetto a quello, generale, affidato alle cure della P.A., indipendentemente dalla circostanza che, nel corso del procedimento, l'organo abbia proceduto in modo imparziale, o che non vi sia prova di condizionamento per effetto del potenziale conflitto d'interessi e che sussiste, per evitare l'uso strumentale dell'obbligo d'astensione e della correlata ricusazione, la necessità d'una lettura assai stringente delle norme ex art. 51 c.p.c.»* (Cons. di Stato, Sez. III, 2.4.2014, n. 1577).

Per gli stessi motivi appare parimenti inconferente l'analisi condotta dal RUP, in sede di procedimento di revoca dell'aggiudicazione, sui verbali di gara al fine di trarne la convinzione *“della linearità del procedimento di valutazione seguito”*, atteso che la valutazione del conflitto di interessi non può essere condotta con il criterio penalistico della c.d. prognosi postuma: ciò che rileva nell'ambito giuridico delle procedure ad evidenza pubblica è esclusivamente l'astratta adeguatezza di una delle situazioni oggettive



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

di conflitto descritte dalla norma a rendere possibile l'adozione di una decisione non imparziale; quindi con assoluta irrilevanza non solo dell'effetto concreto che hanno sortito, ma anche della reale possibilità di incidenza sul risultato finale.

In altri termini, la discussione non verte sul concreto effetto, ai fini della graduatoria, che possa aver avuto il rapporto parentale tra il Presidente della Commissione e il Responsabile Tecnico della società aggiudicataria, quanto piuttosto sul ricorrere o meno delle condizioni oggettive cui la norma fa riferimento ai fini della valutazione circa l'obbligo o l'opportunità di astensione dalla nomina di Presidente della Commissione. Poiché tale valutazione compete non certo ai soggetti interessati, ma esclusivamente all'Amministrazione procedente, nel caso di specie appare meritevole di censura il solo fatto che il dipendente, al momento dell'accettazione dell'incarico di Presidente della Commissione di gara, ai sensi dell'art. 77, comma 9, non abbia reso noto il conflitto, sia pur solo potenziale o addirittura apparente, con la posizione ancora formalmente ricoperta dal fratello in una delle società partecipanti alla gara al momento dello spirare del termine per la presentazione delle offerte, ma al contrario abbia ritenuto sufficiente appurare di persona e riservatamente l'eventuale incompatibilità interpellando telefonicamente il parente, per poi darne formalmente conto al RUP solo durante l'istruttoria avviata nell'ambito procedimento di revoca.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- il Presidente della Commissione di gara avrebbe dovuto dichiarare, al momento della nomina, la situazione di potenziale incompatibilità con l'incarico assegnatogli, stante il rapporto di stretta parentela con il Responsabile Tecnico della società successivamente risultata aggiudicataria;
- spetti esclusivamente alla Stazione la valutazione circa il ricorrere delle ipotesi di obbligo di astensione da parte dei commissari di gara.
-

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 maggio 2017

Il Segretario Maria Esposito