DELIBERA N. 436

1° aprile 2020.

Oggetto

Comune di Milano: Concorso internazionale di progettazione, con procedura aperta, per la progettazione della scuola Scialoia – Nuova Scuola Secondaria di 1' grado di Milano. Premio al vincitore: 70.000 euro; importo lavori 36.600.000,00 euro (CIG 792410497).

Nell'adunanza del 01.04.2020

Visto il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Premessa

In data 22.01.2020 risulta pervenuto all'Autorità l'esposto acquisito al protocollo ANAC con il numero 5164, nel quale si segnalava che la procedura di cui in oggetto non sarebbe pienamente rispettosa delle prescrizioni di legge, essendo in essa ravvisabile, secondo quanto riferito, un conflitto d'interesse in capo ad un componente della Commissione giudicatrice e la mancata esclusione dell'operatore, risultato aggiudicatario, nonostante la situazione di conflitto d'interesse con la medesima.
L'Ufficio, preso atto del contenuto di tale esposto, ha inoltrato, con nota prot. n. 8533 del 31.01.2020 comunicazione di avvio del procedimento, formulando all'amministrazione interessata la richiesta di chiarimenti ed osservazioni, relativamente alle anomalie riscontrate.
Con note acquisite al prot. ANAC n. 13508, 13525, 13526, 13527 in data 18.02.2020 il Comune, nella persona del Responsabile Unico del Procedimento - Arch. S. C. - e del Coordinatore del Concorso - Arch. P.V. ha fatto pervenire le valutazioni in merito alle criticità espresse, rappresentando le considerazioni di seguito riportate.

Considerato in fatto

Con Bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 71 del 19.06.2019 il Comune di Milano ha bandito un concorso internazionale di progettazione, con procedura aperta, avente ad oggetto la progettazione della Scuola Scialoia situata in Milano. In particolare si richiedeva la redazione

di un progetto di fattibilità tecnico economica avente ad oggetto l'area destinata a ospitare il nuovo complesso scolastico, le sue dirette pertinenze, ed eventualmente alcuni spazi pubblici immediatamente adiacenti, nonché a livello di "linee guida" il progetto delle strade e degli spazi pubblici a supporto del nuovo plesso scolastico, in un quadro complessivo di intervento sinergico e integrato con il quartiere, per un importo complessivo dei lavori pari a 36.600.000,00 euro.

Il concorso, da svolgersi sulla piattaforma telematica "Concorrimi", secondo l'accordo d'uso stipulato fra l'Ordine degli Architetti della Provincia di Milano e il Comune di Milano per l'utilizzo gratuito della piattaforma web-based "concorrimi", ed approvato con la determina dirigenziale n. 774 del 07.06.2019, prevedeva un'articolazione in due livelli, con lo scopo di selezionare, in un primo momento le dieci migliori proposte progettuali da ammettere al secondo grado finalizzato, poi, all'individuazione della migliore proposta progettuale tra quelle selezionate nel primo grado. Nel bando veniva prevista, altresì, la corresponsione in favore del vincitore della somma di 70.000 euro, al secondo classificato la somma di euro 16.000, al terzo classificato di euro 12.000, e a ciascuno dei successivi sette concorrenti la somma di euro 6.000,00.

Alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di I° Grado fissato nel giorno 04.09.2019 (ore 13,00) risultavano pervenute nella piattaforma informatica n. 52 proposte, oggetto di vaglio della commissione giudicatrice nelle sedute riservate che si sarebbero successivamente tenute.

Con Determinazione Dirigenziale n. 3345, del 09.09.2019, venivano nominati i componenti della Commissione giudicatrice costituita da: Ing. F. A. C. (rappresentante Ordine Ingegneri di Milano), Arch. M. D'A. (rappresentante Ordine Architetti di Milano), Arch. O. D. M. (rappresentante Ordine Architetti di Milano), Arch. D. M. (rappresentante Comune di Milano), Dott.ssa B. W. (rappresentante Comune di Milano), nominata Presidente dalla Commissione all'unanimità, e quali componenti supplenti, Ing. G. C. (rappresentante Ordine Ingegneri di Milano), Arch. P. S. B. (rappresentante Comune di Milano).

La commissione, riunitasi nelle sedute riservate del 17, 18 e 19 settembre 2019 ha selezionati i dieci progetti aventi il maggior potenziale di sviluppo progettuale da ammettere alla II fase del concorso, che si è svolta nelle sedute del 26 e 27 novembre 2019, previa ricezione dei dieci progetti entro il termine stabilito (14.11.2019), per la valutazione delle singole proposte e l'assegnazione del relativo punteggio.

Nella seduta pubblica del 29.11.2019 si è data lettura della graduatoria dei partecipanti, proclamando il vincitore che è risultato essere il progettista Arch. M. S., soggetto con cui la Presidente della Commissione Dott.sa B. W. risulta aver svolto collaborazioni professionali.

In particolare, Presidente e vincitore risultano appartenere allo stesso team di ricerca, sebbene per aree distinte (ovvero pedagogico – didattica per la prima, architettonica per il secondo) del progetto PAD - Pedagogy Architecture Design, così come rilevabile dal sito internet del progetto.

Inoltre, l'Arch. M. S. risulta collaboratore e partner di ricerca nell'ambito del progetto "Tra pedagogia e architettura" presso la Libera Università di Bolzano, di cui è responsabile la Commissaria, come emerge dal sito internet del progetto nonché come risultava dalla medesima dottoressa dichiarato nel sito PAD.

Emerge, altresì, nell'ambito del seminario "Fare buone scuole" diretto dalla medesima Dottoressa e tenutosi presso l'Università degli Studi di Trento – Dipartimento di Ingegneria civile, ambientale e meccanica, in cui alla data del 07.10. 201, la partecipazione dell'Arch. S. con la lezione "Architettura e Composizione architettonica 1 con laboratorio progettuale", tenuta in collaborazione con altri professionisti.

Partecipano, altresì, entrambi come relatori, al master professionale "Progettare lo spazio educante tra scuola e città. Modelli, strumenti, buone pratiche" tenuto dalla Fondazione Nazionale Carlo Collodi, tenutosi a Treviso nelle date del 15-17 settembre e 17-19 novembre 2016. Conclusivamente risultano, inoltre, numerose ulteriori collaborazioni tra la Presidente e S. A., fondatrice insieme al vincitore S. dello studio "M.A.", sia con riguardo a fiere e laboratori, che nell'ambito di pubblicazioni saggistiche.

In relazione alle contestazioni avanzate, il Comune di Milano ha fatto pervenire le proprie controdeduzioni rilevando essenzialmente che "i concorrenti hanno partecipato al concorso di progettazione in forma anonima. Il rapporto fra Ente banditore e concorrente, così come la consegna degli elaborati da parte dei concorrenti sono avvenute in forma anonima e come previsto dal Bando di concorso, esclusivamente per via telematica attraverso la piattaforma informatica "Concorrimi". Ad ulteriore garanzia dell'anonimato la piattaforma ha attribuito per ogni registrazione due codici univoci alfanumerici: uno nella sola disponibilità del concorrente "codice registrazione"; uno nella sola disponibilità del Responsabile del procedimento "codice piattaforma". La Commissione ha valutato le proposte conoscendo unicamente il "codice piattaforma". L'abbinamento "codice registrazione" e"codice piattaforma" è avvenuto solo in seduta pubblica, terminati i lavori di Commissione. I lavori della Commissione per la scelta del progetto vincitore e la graduatoria dei 10 selezionati, si sono conclusi in data 28.11.2019 e i nominativi del vincitore e dei selezionati in graduatoria, sono stati resi noti nella seduta pubblica del 29.11.2019, associando ai codici alfanumerici i nominativi dei corrispondenti concorrenti. Pertanto i nomi del vincitore e dei selezionati in graduatoria sono stati resi noti solo dopo che la Commissione ha scelto il progetto vincitore e steso la classifica dei selezionati.
La Dott.ssa W., così come tutti i membri della commissione, in data 9.09.2019, pertanto antecedentemente all'inizio dei lavori di Commissione, iniziati in data 12.09.2019, ha compilato e sottoscritto la modulistica precedentemente trasmessa dall'Amministrazione e, in particolare, ha sottoscritto "di non ricadere in alcuna delle fattispecie che comportino incompatibilità con il presente incarico" e ha altresì dichiarato "di impegnarsi e comunicare tempestivamente variazione delle condizioni di cui sopra". Essendo la procedura concorsuale svoltasi in forma anonima, il nome del vincitore del concorso è stato reso noto nella seduta pubblica del 29.11.2019.
Non si ravvisano motivi di esclusione che avrebbero dovuto condurre all'esclusione del concorrente, non avendo l'Amministrazione avuto riscontri di contatti tra il partecipante Arch. S. e il membro di Commissione Dott.ssa W. in merito all'oggetto del concorso per l'intera durata dello stesso e neppure all'esito della procedura di concorso, in sede di seduta pubblica del 29.11.2019, quando sono stati resi noti i nomi, i membri della Commissione, compresa la Dott.ssa W. hanno dichiarato alcunché".

Considerato in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la questione in esame verte in ordine al potenziale conflitto d'interesse sussistente in capo alla Presidente della Commissione giudicatrice del concorso in oggetto - Dott.sa W., a causa delle collaborazioni lavorative svolte con il soggetto proclamato poi vincitore del concorso di progettazione in questione, l'Arch. S.
In particolare alla luce delle attività realizzate ed attualmente ancora in corso, così come ampiamente sopra analizzate, si può evincere l'esistenza di un rapporto di particolare vicinanza tra i medesimi, derivante proprio dall'interscambio di esperienze lavorative, tale da determinare una situazione di specifico conflitto d'interesse da cui sorge l'obbligo generale di astensione, così come prescritto dall'art. 42 del D.lgs. 50/2016.
La norma, riprendendo un principio cardine già sancito dalla legge n. 241/1990, impone l'obbligo di astensione in capo al soggetto che intervenga nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o possa influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ed abbia, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che possa essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.

Inoltre ai sensi dell'art. 77 comma 9 D.lgs. 50/2016 incombe sui commissari di gara l'obbligo di dichiarare, al momento dell'accettazione dell'incarico, o in una fase antecedente, l'inesistenza di cause di incompatibilità o di astensione. L'obbligo di astensione, e l'assenza di un conflitto d'interesse da dichiarare in una fase antecedente con dichiarazione sostitutiva viene, inoltre, ribadito nelle Linee Guida Anac n. 15 recanti "Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 494 del 05 giugno 2019.

Le commissioni di gara, invero, devono essere composte da soggetti privi di qualsiasi interesse o coinvolgimento nella definizione dell'oggetto di gara, in modo da scongiurare qualsiasi rischio di favoritismo o interferenza nella valutazione delle offerte presentate dai concorrenti. Il dovere di terzietà dei commissari costituisce un corollario dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, nonché di trasparenza cui deve ispirarsi tutta l'azione amministrativa.

In maniera più compiuta si esprime il Bando di concorso che, all'art. 15 comma 2 dispone che non possano far parte della Commissione giudicatrice "i datori di lavoro e i dipendenti dei concorrenti e coloro che abbiano in corso con loro un rapporto di lavoro o altro rapporto notorio. Si intende per rapporto notorio quella situazione di condivisione, anche del medesimo ambiente di lavoro, che abbia dato luogo ad una reciproca compenetrazione delle rispettive attività professionali dal punto di vista tecnico-organizzativo".

L'esistenza di un rapporto di collaborazione in ambito lavorativo, come quello rilevante nel caso di specie rientrerebbe proprio nelle ipotesi di rapporto notorio, stante il reciproco interscambio di attività lavorative tra la Presidente di Commissione e il vincitore, tale da comportare un'ipotesi conclamata di conflitto d'interesse con conseguente obbligo di astensione del commissario.

Non assumono, sul punto, efficacia dirimente, le considerazioni svolte dalla stazione appaltante che, nella nota di riscontro, rilevava l'inesistenza di un conflitto d'interesse, e dunque l'impossibilità di un'astensione, grazie alle modalità di svolgimento della procedura su piattaforma telematica che avrebbero garantito "l'integrità dei dati e la riservatezza di qualsiasi informazione trasmessa dai partecipanti al concorso, nel rispetto del principio dell'anonimato".

Innanzitutto l'utilizzo della piattaforma telematica, di per sé, non sarebbe idoneo ad escludere un eventuale rischio di superamento dell'anonimato anche in una fase precedente all'apertura delle buste avvenuta in sede pubblica, così come paventato dal Comune.

Altresì, in un'ottica maggiormente garantistica della correttezza dell'*agere* amministrativo, viene in rilievo un conflitto non solo reale ma anche potenziale, ovvero il mero rischio potenziale all'integrità ed imparzialità che l'interesse privatistico possa interferire con quello pubblicistico, a nulla rilevando, poi la concretizzazione del rischio e la causazione del danno. Ovvero, nel caso di specie, sarebbe stato sufficiente che fosse messa in pericolo in astratto la conoscibilità dei concorrenti prima della valutazione e della formazione della graduatoria, non potendo escludersi, a priori, una potenziale compromissione dell'anonimato (in tal senso Consiglio di Stato, sent. n. 458 del 5 febbraio 2007).

Sul punto anche l'Autorità ha rilevato che "*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*" (delibera n. 527 del 17.05.2017).

Come osservato parimenti dalla giurisprudenza "*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" (Cons. di Stato, Sez. III, 2.4.2014, n. 1577).

Orbene, appare indubbio che non qualsiasi collaborazione, soprattutto di carattere occasionale, possa dar luogo al dovere di astensione, essendo prescritta, infatti un'intensità e sistematicità tali da configurare un vero sodalizio professionale, a prescindere, ovviamente, da rapporti di eventuale equiordinazione o subordinazione che possano venirsi ad instaurare.

Sul punto l'Autorità osserva che "*alla luce delle pronunce giurisprudenziali richiamate in tema di concorsi, i cui principi sono applicabili anche alla fattispecie concreta oggetto di analisi, la collaborazione professionale tra candidato e valutatore, per assurgere a causa di incompatibilità, deve presupporre una comunione di interessi economici o di vita tra gli stessi di particolare intensità e tale situazione può ritenersi esistente solo se detta collaborazione presenti i caratteri della sistematicità, stabilità, continuità tali da dar luogo ad un vero e proprio sodalizio professionale*" (Delibera n. 1186 del 18.12.2018).

Si aggiunga che "*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*" (Delibera n. 527 del 17.05.2017).

Pur ammettendo, in ogni caso, la mancata conoscibilità dei candidati, e dunque del vincitore, durante l'intera procedura, tale, dunque, da non consentire una valutazione circa il conflitto d'interesse e il conseguente obbligo di astensione, appare indubbio, tuttavia, che in fase di proclamazione del vincitore la Dott.sa W. abbia avuto contezza della partecipazione del professionista con il quale più volte ha collaborato, e nonostante ciò non ne abbia fatto menzione alla stazione appaltante, così come dalla stessa evidenziato nella nota di riscontro. Tale evenienza rafforza la percezione di una possibile compromissione dell'imparzialità che, invece la disciplina analizzata vuole garantire, al fine di scongiurare il ripetersi nelle procedure di fenomeni distorsivi della par condicio e di una leale concorrenza tra gli operatori economici.

Se, da una parte, le cause di incompatibilità e i conflitti noti devono essere comunicati, da parte dei commissari, alla stazione appaltante attraverso le dichiarazioni sostitutive, le ipotesi di conflitto sopravvente devono in ogni caso essere oggetto di comunicazione, in un'ottica di buona fede e trasparenza, anche alla fine di permettere alla P.A. le valutazioni del caso.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha ribadito il ruolo attivo che deve caratterizzare l'operato dell'amministrazione appaltante, cui spetta la valutazione circa l'inesistenza di ipotesi tali da determinare la ricorrenza effettiva e concreta di una situazione di incompatibilità o di conflitto di interessi del componente la commissione tale da comportare l'astensione, poiché "*il fatto che il rilievo di eventuali legami sia rimesso all'autodichiarazione dei commissari medesimi, non rende il motivo di incompatibilità meno stringente o vincolante per l'Amministrazione cui comunque è rimesso il controllo*" né la esonera dal processo valutativo sopra menzionato (Cons. Stato Sez. III, sent. n. 6299 del 7.11.2018). Né, d'altra parte potrebbe assumere efficacia dirimente, ai fini dell'illegittimità dell'esclusione, il fatto che l'Amministrazione non ne sia stata previamente informata dal commissario avente il conflitto.

Acclarata, dunque, l'impossibilità di una risoluzione del conflitto in via preventiva, si pone la problematica del ripristino del corretto *agere* dell'azione amministrativa, sotto il profilo dell'imparzialità dei soggetti deputati allo svolgimento di funzioni pubblicistiche.

Sotto un primo profilo, la giurisprudenza ha esteso i principi elaborati in tema di nomina di commissari incompatibili nella commissione aggiudicatrice anche alle ipotesi di commissari in conflitto di interessi.
Il Consiglio di Stato, in particolare, ha ritenuto non adeguata la semplice sostituzione di un componente in capo al quale sussiste un conflitto di interessi, affermando la necessità della sostituzione di tutti i commissari, al fine di scongiurare ogni possibile influenza che l'attività di uno possa aver avuto nei confronti degli altri commissari durante le operazioni di gara, evenienza che, ragionevolmente, si fa più pregnante qualora il soggetto incompatibile sia il Presidente della Commissione, nonché al fine di garantire il rispetto del principio di trasparenza nello svolgimento delle attività di gara.
In merito agli effetti di tale sostituzione sugli atti anteriori, inoltre, il Supremo Consesso ha optato per la caducazione per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi alla nomina della commissione sostituita della procedura di gara fino all'affidamento della commessa.
In particolare il giudice amministrativo osserva che "*ogni qualvolta emergano elementi che siano idonei, anche soltanto sotto il profilo potenziale, a compromettere tale delicato e cruciale ruolo di garante di imparzialità delle valutazioni affidato alle commissioni di gara, la semplice sostituzione di un componente rispetto al quale sia imputabile la causa di illegittimità dovrebbe dunque ritenersi né ammissibile, né consentita, in particolare nelle ipotesi in cui la commissione abbia già operato, il rischio che il ruolo e l'attività di uno dei commissari, dichiarato incompatibile, possano avere inciso nei confronti anche degli altri commissari durante le operazioni di gara, influenzandoli verso un determinato esito valutativo, impedisce la sua semplice sostituzione ed implica la decadenza e la necessaria sostituzione di tutti gli altri commissari, 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. di Stato, Sez. III, sent. n. n. 6299 del 7.11.2018 - già affermato nella sentenza n. 4830/2018).
In un ulteriore sforzo ermeneutico il Supremo Consesso ha rilevato, altresì, che "*non è possibile estendere gli effetti dell'invalidità derivante dalla nomina di una commissione illegittima (…) anche a tutti gli altri atti anteriori, disponendo la caducazione radicale dell'intera gara, atteso che la stessa pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 maggio 2013, n. 13, ha stabilito inequivocabilmente e perentoriamente che "secondo i principi generali, la caducazione della nomina, ove si accerti, come nella specie, essere stata effettuata in violazione delle regole (…) comporterà in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento"; vengono travolti per illegittimità derivata tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio, ma non certo 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*".
Se dunque, la giurisprudenza propende per il travolgimento della commissione e la riedizione della procedura, d'altra parte viene in considerazione il dettato normativo dell'articolo 80 comma 5 lett. d) Dlgs. 50/2016 il quale, come extrema ratio, prevede l'esclusione dell'operatore la cui partecipazione determini un conflitto d'interessi non diversamente risolvibile.
In maniera più puntuale si esprimono le Linee Guida Anac n. 15 recanti "Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 494 del 05 giugno 2019, secondo cui la stazione appaltante dovrebbe procedere all'esclusione dell'operatore, all'annullamento dell'aggiudicazione e alla risoluzione del contratto qualora siano "*assolutamente e oggettivamente impossibili sia la sostituzione del dipendente che versa nella situazione di conflitto di interesse, sia l'avocazione dell'attività al responsabile del servizio, sia il ricorso a formule organizzative alternative previste dal codice dei contratti pubblici. L'impossibilità di sostituire il dipendente, di disporre l'avocazione o di ricorrere a formule alternative deve essere assoluta, oggettiva, puntualmente ed esaustivamente motivata e dimostrata*".

Ovviamente la diversa misura dipenderà dallo stadio di avanzamento della procedura, per cui se la valutazione dell'impossibilità di risoluzione del conflitto si verifica prima dell'aggiudicazione la p.a. provvederà all'esclusione del concorrente, mentre, qualora questo si verifichi successivamente, previa idonea ponderazione degli interessi coinvolti, effettua le valutazioni di competenza in ordine all'annullamento dell'aggiudicazione e alla risoluzione del contratto.

A favore di tale soluzione, si potrebbe evidenziare che il dovere di astensione del Presidente di Commissione non sarebbe stato sufficiente a scongiurare il conflitto d'interesse, in quanto l'operatore avrebbe comunque, verosimilmente, posseduto un concreto vantaggio competitivo costituito dal bagaglio di conoscenze specifiche derivanti dallo svolgimento delle pregresse esperienze lavorative con W., nello specifico settore di riferimento della progettazione in esame, tale da poter creare una possibile "*asimmetria informativa (nei confronti degli altri operatori) e di pregiudizio alla regola dell'equidistanza fra tutti coloro che vengono in contatto con il pubblico potere*." (Tar Puglia, Bari, Sez III sentenza n. 1006 del 15.07.2019).

Sebbene la norma codicistica preveda l'esclusione dell'operatore solo quale *extrema ratio*, parrebbe che il conflitto, nella fattispecie, non fosse agevolmente risolvibile, e pertanto, il Comune di Milano avrebbe dovuto, quantomeno, opportunamente valutare l'eventuale esclusione dell'operatore.

Tale impostazione ha trovato avvallo nella giurisprudenza amministrativa già prima dell'introduzione normativa sopra citate; in particolare con riguardo allo specifico oggetto del concorso di progettazione, il giudice aveva evocato "*qualora, all'apertura di una delle buste recanti il nominativo dei concorrenti primi tre graduati, risultasse la violazione del divieto (di astensione in caso di conflitto d'interesse) il concorrente o il R.T.P. in cui fosse ricompreso il concorrente sarebbe escluso, senza che tale circostanza possa dar luogo ad alterazione alcuna dei risultati della gara*" (Consiglio di Stato, sent. n. 458 del 5 febbraio 2007).

Tale impostazione troverebbe, altresì, corollario, nella lex specialis, in cui al punto 4.3 - Cause di incompatibilità e motivi di esclusione, è prevista l'impossibilità di partecipazione, e dunque, conseguente esclusione, anche dei "soggetti che hanno, alla data di pubblicazione del presente Bando, un rapporto di collaborazione, di qualsiasi natura con l'Ente banditore avente ad oggetto il tema del concorso".

Accedendo ad un'interpretazione molto ampia di Ente banditore, tale da includervi non solo il Comune di Milano ma anche i soggetti che operano per esso tramite immedesimazione organica, e dunque anche la Commissione giudicatrice che svolge le proprie funzioni per il Comune, e delle cui risultanze, peraltro, il medesimo non si può discostare - così come sancito dal punto 15 del bando- emergerebbe la preclusione alla partecipazione alla procedura di soggetti che alla data di pubblicazione del bando, abbiano con i commissari rapporti id collaborazione.

Ammettendo, pure in tal caso, un'inconoscibilità dei soggetti facenti parte la Commissione da parte dell'Arch. S. (ricordasi a tal riguardo che la medesima risulterebbe essere nominata dopo il termine di scadenza per la presentazione delle offerte), incombeva, in ogni caso, in capo al medesimo l'onere di comunicare alla stazione appaltante tale possibile motivo di esclusione, in ossequio ad un principio di buona fede.

Conclusivamente, per onere di completezza si evidenzia la mancata confacenza della precisazione operata dall'ente banditore circa il soggetto partecipante al concorso che "*il vincitore del concorso, Arch. M. S., ha partecipato al concorso come singolo professionista e non come studio. Lo studio M. è citato solo nell'indirizzo mail che Arch. S. ha indicato come riferimento …*".

Il rapporto di collaborazione lavorativa emersa, infatti, interessa i due soggetti fisici, né, peraltro, come rilevato anche dall'Autorità, "*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" (delibera n. 527 del 17.05.2017).

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe
Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 1° aprile 2020

DELIBERA

- la non conformità delle procedure in analisi ai disposti di cui agli artt. 30, 42 e 77 D.lgs. 50/2016, in quanto lesive dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, e stante il conflitto d'interesse sussistente in capo alla Presidente della Commissione;
- si rimette al Comune di Milano la valutazione in ordine agli eventuali adempimenti di competenza relativamente agli atti adottati;
- di trasmettere, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione al Comune di Milano ai fini delle valutazioni di competenza, invitandola a dare notizia circa le determinazioni assunte.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 26 giugno 2020

Il Segretario
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente