



## DELIBERA N. 518

17 giugno 2020.

### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Tipografia Galli di Piacentini Romolo - Procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di stampa di diplomi di laurea e post lauream e fornitura dei relativi contenitori tubolari, nonché servizio accessorio di spedizione al domicilio degli studenti - Importo a base d'asta: euro 375.000,00 oltre Iva – S.A.: Università degli Studi Milano - Bicocca.

**PREC 82/2020/S-PB**

### Riferimenti normativi

Artt. 42, 80, comma 5, lett. d) e lett. h) del D.lgs. n. 50/2016.

### Parole chiave

Motivi di esclusione, conflitto di interessi, divieto di intestazione fiduciaria.

### Massima

**Motivi di esclusione – Situazione di conflitto di interessi – Operatore economico con quote detenute da alcuni istituti bancari – Assenza di un interesse, anche indiretto, finanziario, economico o di altra natura.**

**Motivi di esclusione – Divieto di intestazione fiduciaria – Presupposti.**

La causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice rappresenta una norma di coordinamento della disciplina di carattere generale sui conflitti di interesse con i requisiti di partecipazione di ordine generale, dando luogo ad un sistema in cui la misura espulsiva dell'operatore economico rappresenta una *extrema ratio*, che si verifica quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile. Le ipotesi di conflitto di interesse (di cui all'art. 42, comma 2, del Codice) si riferiscono a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale e si verificano quando il "*dipendente*" pubblico ovvero colui (anche un soggetto

privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni. Tale situazione non si verifica quando nella compagine sociale dell'impresa aggiudicataria vi siano quote di proprietà di alcuni istituti bancari, che potrebbero avere avuto o potrebbero avere rapporti con il personale della stazione appaltante, laddove tali istituti non abbiano svolto alcun ruolo nella procedura di gara e non abbiano influenzato, anche indirettamente, l'imparzialità dell'azione amministrativa.

La *ratio* del motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. h (divieto di intestazione fiduciaria) è quella di consentire alla stazione appaltante di avere sempre contezza sulla reale identità dei propri interlocutori contrattuali, per prevenire il rischio di infiltrazioni occulte da parte di organizzazioni mafiose nell'esecuzione dei contratti pubblici; di conseguenza, tranne il caso in cui l'intestazione fiduciaria concerna società appositamente autorizzate ai sensi della L. n. 1966/1939, l'acclarata intestazione fiduciaria comporta l'esclusione dalle gare. La circostanza relativa alla titolarità di alcune quote sociali dell'impresa aggiudicataria in capo ad alcune banche che esercitano intermediazione finanziaria, non integra una violazione di tale divieto, in quanto non comporta automaticamente una intestazione fiduciaria, tantomeno rappresenta un'ipotesi di interposta persona tra gli istituti di credito e l'aggiudicataria, per la cui configurazione è, invece, necessario che l'amministrazione e gestione di partecipazioni sociali o valori mobiliari sia affidata ad un soggetto diverso dal proprietario (fiduciante), ovvero al fiduciario.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 giugno 2020

## DELIBERA

VISTE l'istanza di parere prot. n. 30780 del 24 aprile 2020 e la allegata memoria, con la quale la Tipografia Galli di Piacentini Romolo (seconda classificata alla procedura in epigrafe) ha contestato l'aggiudicazione in favore di Ciscra S.p.A. deducendo: a) che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per conflitto di interesse (non dichiarato in sede di DGUE), in quanto, essendo controllata al 40% da quattro istituti bancari, potrebbe avere avuto, indirettamente e potenzialmente, legami economici, creditizi o di intermediazione mobiliare con la stazione appaltante; b) la violazione del divieto di intestazione fiduciaria, in quanto le società controllanti sono dedite all'intermediazione finanziaria, da considerarsi "*fiduciaria*"; c) l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, relativamente ad un prodotto dell'offerta (tubolari) per il quale è stato offerto un ribasso dell'86% sull'importo a base di gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. n. 32788 del 6 maggio 2020;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

RITENUTO che l'istanza può essere decisa secondo la procedura semplificata di cui all'art. 11, comma 5, del nuovo "Regolamento in materia di pareri precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", pubblicato in G.U. n. 22 del 26 gennaio 2019;



CONSIDERATO che, per quanto concerne la prima questione, relativa alla sussistenza di una situazione potenziale di conflitto di interessi, occorre premettere che l'art. 80, comma 5, lett. d) del Codice prevede l'esclusione dell'operatore economico qualora la sua partecipazione determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2, *"non diversamente risolvibile"*; a sua volta, quest'ultima disposizione statuisce, al secondo comma, che *"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. 62"*. La previsione di cui all'art. 80 rappresenta, quindi, una norma di coordinamento della disciplina di carattere generale sui conflitti di interesse con i requisiti di partecipazione di ordine generale, dando luogo ad un sistema in cui la misura espulsiva dell'operatore economico rappresenta una *extrema ratio*, che si verifica quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile;

CONSIDERATO che l'Autorità, 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 5 giugno 2019) ha precisato che sussiste una situazione di conflitto di interesse in capo ad un soggetto operante in nome e per conto della stazione appaltante quando vi è, anche solo allo stadio potenziale, *"interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico"*, in particolare, *"l'interesse personale dell'agente, che potrebbe porsi in contrasto con l'interesse pubblico alla scelta del miglior offerente, può essere di natura finanziaria, economica o dettato da particolari legami di parentela, affinità, convivenza o frequentazione abituale con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa. Tale interesse deve essere tale da comportare la sussistenza di gravi ragioni di convenienza all'astensione, tra le quali va considerato il potenziale danno all'immagine di imparzialità dell'amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni"*. Il concetto di conflitto di interesse è posto a presidio del principio costituzionale di imparzialità dell'azione amministrativa ed ha portata estremamente ampia ed atipica, abbracciando tutte le situazioni in cui si determina il rischio di una "contaminazione" tra la sfera personale del dipendente pubblico e quella istituzionale delle funzioni cui è preposto. Si fa, in particolare, riferimento a tutte le situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale che si verificano quando il "dipendente" pubblico (ad esempio, il Rup ed i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, esecuzione contratto e collaudi) ovvero colui (anche un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni (cfr. *ex multis* Delibere dell'Autorità n. 80 del 29 gennaio 2020, n. 1111 del 27 novembre 2019, n. 762 del 4 settembre 2019 e n. 864 del 2 ottobre 2018; nonché Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2020, n. 3048; Id., 12 settembre 2019, n. 6150; Id., sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853; Id., sez. V, 11 luglio 2017 n. 3415);

RILEVATO che, quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara da assicurare (non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma dell'art. 42 del Codice ma anche) attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2020, n. 3048; Id. 11 luglio 2017, n. 3415);

RITENUTO che, applicando le suddette coordinate ermeneutiche al caso di specie, vada esclusa la sussistenza di una situazione di conflitto di interesse, anche potenziale, tra la società aggiudicataria e la stazione appaltante. Non si ravvisa, infatti, il rischio di un pregiudizio all'imparzialità e al buon andamento della selezione pubblica per la sola circostanza (allegata dall'istante) che, nella compagine sociale di Ciscra S.p.A. vi siano delle quote di proprietà di alcuni istituti bancari, che – nella prospettiva dell'istante – potrebbero avere avuto o potrebbero avere rapporti con il personale della stazione appaltante o addirittura con altri partecipanti alla gara. La circostanza sollevata dall'istante, oltre ad apparire generica e frutto di mera congettura, appare estranea alla categoria delle ipotesi suscettibili di configurare una fattispecie di conflitto di interessi, per la cui integrazione è richiesto che l'operatore economico o un suo dipendente, chiamato a svolgere una funzione nell'appalto oggetto di affidamento, possa influenzare, anche indirettamente, la procedura di gara, essendo titolare di un interesse finanziario, economico o di altra natura in grado di minacciare l'imparzialità dell'azione amministrativa. Non risulta, peraltro, dalla documentazione in atti, che gli istituti bancari (a cui si riferisce l'istante) abbiano svolto alcun ruolo ai fini della partecipazione alla gara in oggetto, sicché va esclusa, anche per tale motivo, la sussistenza della causa di esclusione in esame;

CONSIDERATO che, per quanto concerne la seconda questione, relativa alla presunta violazione del divieto di intestazione fiduciaria, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. h) del Codice (che riproduce l'art. 38, comma 1, lett. m) del D.lgs. n. 163/2016) sono esclusi dalle procedure di gara gli operatori economici che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55<sup>1</sup> (la vigente disposizione introduce, peraltro, un elemento di novità laddove precisa che l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa). La *ratio* di tale motivo di esclusione è quella di consentire alla stazione appaltante di avere sempre contezza sulla reale identità dei propri interlocutori contrattuali, per prevenire il rischio di infiltrazioni occulte da parte di organizzazioni mafiose nell'esecuzione dei contratti pubblici; di conseguenza, tranne il caso in cui l'intestazione fiduciaria concerna società appositamente autorizzate ai sensi della L. n. 1966/1939 (le quali, a loro volta, abbiano comunicato all'Amministrazione le identità dei fiducianti) l'acclarata intestazione fiduciaria comporta l'esclusione dalle gare;

CONSIDERATO che l'Autorità ha evidenziato che *"la disciplina in tema di intestazione fiduciaria dei soggetti appaltatori si ricollega all'esigenza di evitare che la stazione appaltante perda il controllo del vero imprenditore che ha partecipato alla gara; sicché, tranne il caso in cui l'intestazione fiduciaria concerna società appositamente autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, le quali, a loro volta, abbiano comunicato alla amministrazione l'identità dei fiducianti, l'acclarata intestazione fiduciaria comporta l'esclusione dalla partecipazione alle gare e la preclusione alla stipulazione dei contratti"* (A.V.L.P., Determinazione del 5 dicembre 2011, n. 16/23; nonché Determinazione del 15 luglio 2003, n. 13). La violazione del divieto è configurabile quando *"nella compagine sociale di chi si renda aggiudicatario di*

---

<sup>1</sup> Il quale, nell'unico comma rimasto vigente, prevede che: *"con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del tesoro, d'intesa con il Ministro dei lavori pubblici, sono altresì, definite disposizioni per il controllo sulle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche, ivi compresi i concessionari, e sui relativi mutamenti societari. Con lo stesso decreto sono comunque vietate intestazioni ad interposte persone, di cui deve essere comunque prevista la cessazione entro un termine predeterminato, salvo le intestazioni a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, a condizione che queste ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti; in presenza di violazioni delle disposizioni del presente comma, si procede alla sospensione dall'Albo nazionale dei costruttori o, nei casi di recidiva, alla cancellazione dall'Albo stesso"*.



*commesse pubbliche figurino azionisti o titolari di quote (nella s.r.l.) o di diritti di voto, che rivestano tale qualità in virtù del trasferimento fiduciario di tali beni o diritti"* (Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2010, n. 8946);

RITENUTO che nella fattispecie in esame non vi è stata violazione del suddetto divieto, non essendovi alcuna intestazione fiduciaria delle partecipazioni sociali di Ciscra S.p.A. Dalla visura camerale in atti risulta, invero, che il capitale sociale dell'aggiudicataria è suddiviso tra alcune società che "realmente" lo detengono. Di contro, non si evince, dalla documentazione in atti, che vi siano altri titolari di quote che rivestono tale qualità in virtù di un trasferimento non autorizzato (ai sensi della richiamata normativa). La circostanza allegata dall'istante, relativa alla titolarità di alcune quote sociali di Ciscra in capo ad alcune banche che esercitano intermediazione finanziaria, non integra automaticamente una intestazione fiduciaria, tantomeno rappresenta un'ipotesi di interposta persona tra gli istituti di credito e l'aggiudicataria, per la cui configurazione è, invece, necessario che l'amministrazione e gestione di partecipazioni sociali o valori mobiliari sia affidata ad un soggetto diverso dal proprietario (fiduciante), ovvero al fiduciario;

CONSIDERATO che anche la terza questione (relativa alla presunta anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria) non appare fondata. Vanno preliminarmente ricordati i seguenti consolidati principi: 1) le valutazioni della stazione appaltante in ordine all'anomalia e/o alla congruità dell'offerta costituiscono espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto; 2) la *ratio* del sub procedimento di verifica dell'anomalia è quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale, al fine di evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento; 3) il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; 4) la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; Id., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430; Id., 30 ottobre 2017, n. 4978; nonché, da ultimo, Parere di precontenzioso n. 354 del 22 aprile 2020 e la giurisprudenza ivi citata);

RITENUTO che la sola circostanza (allegata dall'istante) relativa alla presentazione, da parte dell'aggiudicataria, di uno sconto del 86% per una sola voce dell'offerta (tubolari di cartone) non dimostri la non congruità dell'offerta da questa formulata né sia *ex se* idonea a mettere in discussione l'attendibilità del giudizio complessivo effettuato dalla stazione appaltante, all'esito del procedimento svolto in contraddittorio con tale ditta. Di contro, l'istante avrebbe dovuto allegare in che termini lo sconto offerto dall'aggiudicataria per tale componente dell'offerta abbia impattato sulla stessa, pregiudicandone la sostenibilità e serietà complessiva.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore, in quanto, relativamente alle doglianze formulate dall'istante, non sussistono motivi di esclusione dalla gara della società aggiudicataria.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 giugno 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente