



DELIBERA N. 142

30 marzo 2022

Oggetto

Istanza di parere congiunta (per adesione successiva) per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da ICE-Agenzia per la promozione e l'internazionalizzazione delle imprese italiane all'estero e Mind The Bridge Inc. – Procedura aperta per l'affidamento del contratto avente ad oggetto la gestione delle attività e dei servizi del Centro d'innovazione italiano di San Francisco, California, Stati Uniti d'America per il periodo Novembre 2021 – Novembre 2025 - S.A.: ICE-Agenzia per la promozione e l'internazionalizzazione delle imprese italiane all'estero

PREC 29/2022/S

Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, artt. 42, comma 2 e 80, comma 5, lett. d).

Parole chiave

Scelta del contraente – Esclusione – Motivi – Conflitto di interesse

Massima

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Esclusione – Motivi – Conflitto di interesse – Interferenza tra la sfera personale del prestatore di servizi incaricato della redazione della documentazione di gara e quella istituzionale delle funzioni affidategli - Sussiste.

Configura una situazione di conflitto di interesse idonea ad integrare un motivo di esclusione l'affidamento della elaborazione della documentazione di gara ad un soggetto privato portatore di un interesse personale idoneo ad influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle funzioni affidategli.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 marzo 2022

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 9829 del 10 febbraio 2022, con la quale la stazione appaltante ICE-Agenzia per la promozione e l'internazionalizzazione delle imprese italiane all'estero (di seguito, ICE) ha posto all'Autorità due quesiti riguardanti gli effetti sulla gara in oggetto del rapporto, di cui è venuto a



conoscenza solo dopo l'aggiudicazione, tra il soggetto esterno cui è stata affidata la redazione della documentazione di gara e l'impresa aggiudicataria. Nella specie, la stazione appaltante ha rappresentato di avere appreso, in sede di verifica della documentazione acquisita a seguito dell'aggiudicazione, che tra i soci dell'aggiudicataria Mind The Bridge Inc. figura, con il 5% del capitale sociale, un professionista – il dott. Matteo Daste – che risulta essere il referente dello studio legale Orrick, Herrington & Sutcliffe di San Francisco che ha attivamente collaborato con la stazione appaltante nella redazione dei documenti di gara mediante servizio, contrattualizzato separatamente, contribuendo personalmente alla elaborazione del capitolato tecnico, disciplinare di gara e relazione tecnico illustrativa (Cfr. determina annullamento aggiudicazione). Ritenuto sussistente un conflitto di interesse ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50/2016 e tenuto conto delle dichiarazioni rese da Mind The Bridge Inc. nel proprio DGUE attestanti di non avere collaborato direttamente o con aziende ad essa collegate alla preparazione della documentazione di gara, la stazione appaltante ha annullato l'aggiudicazione a Mind The Bridge Inc. e con successiva determina ha proceduto all'aggiudicazione a favore del secondo classificato Fondazione Giacomo Brodolini S.r.l.. La stazione appaltante ha quindi chiesto all'Autorità se:

- i. il prospettato vizio degli atti di gara, alla cui predisposizione ha concorso Matteo Daste, sia tale da inficiare a monte la procedura di selezione, poiché passibile di restringere lo spettro dei potenziali candidati, agendo sui requisiti ad essi richiesti;
- ii. il potenziale conflitto di interessi in cui versa Mind the Bridge, soggetto giuridico formalmente distinto dallo studio legale cui era stato conferito l'incarico assegnato a Matteo Daste, possa considerarsi reale e concreto, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. d) od e), del D.Lgs. n. 50/2016, tenuto conto che Matteo Daste non è intervenuto nella fase di aggiudicazione in senso stretto e che l'operatore economico, nel rendere le succitate dichiarazioni nel DGUE, poteva non essere a conoscenza del conflitto in cui versava un proprio socio, ove questi l'abbia taciuto, e nessuna 'impresa collegata' al concorrente medesimo ha in effetti fornito consulenza nella predisposizione degli atti di gara, laddove per 'collegamento' debba intendersi un controllo societario, con conseguente insussistenza della mendacità delle dichiarazioni rese da Mind the Bridge;

Vista l'adesione all'istanza di parere ai sensi dell'art. 4, comma 3, del Regolamento in materia di precontenzioso, manifestata da Mind The Bridge Inc. tramite la compilazione dell'apposito modulo acquisito al prot. n. 12116 del 18 febbraio 2022;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 21 febbraio 2022 con nota prot. n. 12713;

Visto quanto dedotto da Mind The Bridge Inc. (di seguito, MTB) con nota acquisita al prot. n. 14527 del 28 febbraio 2022. L'operatore economico ha eccepito la non riconducibilità della fattispecie in esame all'ipotesi, sanzionata con l'esclusione (art. 80, comma 5, lett. e), di alterazione della concorrenza di cui all'art. 67 d.lgs. n. 50/2016, per la mancata integrazione del presupposto soggettivo. Nel caso di specie - sostiene l'operatore economico - la documentazione di gara non è stata predisposta né dall'operatore economico offerente né da un'impresa ad esso collegata, come richiesto dall'art. 67, dal momento che Matteo Daste, socio al 5% di MTB, non può essere identificato con l'impresa offerente e lo studio legale Orrick, Herrington & Sutcliffe non è impresa collegata a MTB. Inoltre, la stazione appaltante ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione senza attivare il procedimento in contraddittorio previsto dal comma 2 dall'art. 67 («*In ogni caso, prima di provvedere alla loro esclusione, la amministrazione aggiudicatrice invita i candidati e gli offerenti, entro un termine comunque non superiore a dieci giorni, a provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza*»). Quanto alla configurabilità di una ipotesi di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, MTB ha sostenuto che secondo un orientamento restrittivo da preferirsi (e che anche l'Autorità avrebbe accolto), la nozione di conflitto di interesse, per potere costituire una fattispecie escludente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett.d), richiede un accertamento "in concreto", mentre non sarebbe sufficiente un conflitto di interesse potenziale. Nel caso di specie, l'ipotesi congetturale della stazione appaltante secondo



la quale il sig. Daste avrebbe avvantaggiato illegittimamente MTB fornendo informazioni inerenti la gara prima della sua pubblicazione è rimasta priva di concreto riscontro e/o di prova specifica. Inoltre, il sig. Daste non sarebbe stato personalmente coinvolto nell'attività di consulenza né MTB sarebbe stata a conoscenza dell'incarico di consulenza affidato allo studio legale Orrick, Herrington & Sutcliffe, e poiché gli atti di gara predisposti sono stati in ogni caso espressamente approvati da ICE, ciò escluderebbe che tramite la preparazione della documentazione di gara, di cui comunque non si è occupato personalmente, il sig. Daste abbia potuto obiettivamente influenzare l'attività esterna di ICE. Infine non sarebbe neppure integrato il profilo soggettivo richiesto dall'art. 42, comma 2, che fa riferimento a un "dipendente" o a "un prestatore di servizi che anche per conto della stazione appaltante interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti", e che l'Autorità nelle Linee Guida n. 15 individua nel RUP o nei vari organi della stazione appaltante, tra i quali non rientrerebbero i consulenti/legali della stazione appaltante;

Visto quanto dedotto con nota prot. n. 14446 del 28 febbraio 2022 dalla controinteressata Fondazione Giacomo Brodolini S.r.l. L'attuale aggiudicatario ha in primo luogo rappresentato come assorbente la causa di esclusione costituita dalle false dichiarazioni rese da MTB in sede di partecipazione alla gara (*"di non essere a conoscenza di qualsiasi conflitto di interessi legato alla propria partecipazione alla procedura di appalto" e "che l'operatore economico o un'impresa a lui collegata non aveva fornito consulenza all'amministrazione o non aveva altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione"*). Ad avviso della Fondazione, tenuto conto del ruolo apicale del socio Matteo Daste all'interno di MTB (e addirittura all'interno dell'offerta confezionata per la partecipazione), la società non poteva non essere a conoscenza del ruolo dallo stesso svolto nella preparazione della documentazione di gara. Inoltre, rappresenterebbero comunque autonome cause di esclusione sia il conflitto di interesse che l'alterazione della concorrenza. Il primo ricorrerebbe in quanto Matteo Daste, che ha firmato per accettazione l'incarico affidato da ICE per la predisposizione della documentazione di gara, era perfettamente a conoscenza del contenuto di tutti gli atti alla base dell'affidamento e avrebbe anche potuto elaborare dei criteri di attribuzione del punteggio in vista della partecipazione alla gara di MTB in modo da favorirla. L'alterazione della concorrenza deriverebbe dall'asimmetria informativa di cui ha goduto MTB, per avere avuto conoscenza tramite il proprio socio, prima degli altri potenziali concorrenti, dei desiderata dell'amministrazione, preconstituendosi una posizione di vantaggio competitivo rispetto agli altri partecipanti. Circa il primo quesito posto dalla stazione appaltante, la Fondazione ha sostenuto che non sussistano i presupposti per ritenere la procedura viziata a monte, in quanto il confronto competitivo ha potuto esplicarsi con altri quattro operatori economici; inoltre la riedizione della procedura consentirebbe a MTB di prendervi parte laddove la sua partecipazione è stata correttamente esclusa in ragione del conflitto di interesse;

Viste le memorie delle parti e la documentazione versata in atti;

Vista, con riferimento al conflitto di interesse evocato dalle parti, la nozione delineata dal legislatore nell'ambito dell'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016, nonché 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 5 giugno 2019), ove viene chiarito 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 il potenziale danno all'immagine di imparzialità dell'amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni"*;



Considerato che 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, anche solo a livello potenziale, 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 cui un soggetto chiamato a svolgere una funzione strumentale all'espletamento di una gara d'appalto (tra cui rientra certamente la predisposizione della documentazione posta a base di gara) sia portatore di interessi della sfera propria o altrui privata idonei ad influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni, creando il pericolo di distorsioni della concorrenza e di violazione del principio di parità di trattamento tra gli operatori economici (cfr. *ex multis* Delibere dell'Autorità n. 762 del 4 settembre 2019 e n. 864 del 2 ottobre 2018; Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6150; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 31 luglio 2019, n. 10186; Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017 n. 3415);

Considerato che la giurisprudenza amministrativa ha precisato che la nozione di conflitto di interesse rilevante per il settore degli appalti pubblici risulta attualmente ricostruita in termini di mera potenzialità, sulla scorta sia della norma generale di cui all'articolo 6-bis della legge n. 241/1990 (come introdotta dalla legge n.190/2012), che dà rilievo ad «ogni situazione di conflitto, anche potenziale», sia della norma speciale di cui all'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, riferita, sul versante soggettivo, oltre che al «personale della stazione appaltante», anche a qualsiasi soggetto che, in forza di un valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo, abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3415/2017), a patto però che, sul versante oggettivo, la situazione di conflitto di interesse venga verificata in concreto sulla base di prove specifiche (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenze n. 3401/2018 e n. 2511/2019; TAR Roma, sentenza n. 10186/2019);

Considerato altresì che, sempre con riferimento all'art. 42, è stato asserito che la disposizione costituisce *lato sensu* una norma di pericolo, nel senso che essa e le misure che contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare (così Consiglio di Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355).

Considerato che la stessa Autorità ha avuto modo di chiarire che le ipotesi di cui all'art. 42, comma 2, 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 (cfr. ANAC, delibera n. 132 del 17 febbraio 2021 e n. 80 del 29 gennaio 2020);

Considerato ulteriormente che, nelle richiamate Linee guida n. 15/2019, l'Autorità ha individuato possibili situazioni di rischio che possono far emergere, nelle varie fasi della procedura, conflitti di interesse non dichiarati o non comunicati e che, con riferimento alla fase di predisposizione della documentazione di gara, tali situazioni di rischio sono individuabili nell'inserimento di elementi che possono disincentivare la partecipazione alla gara o agevolare un determinato operatore economico, nella richiesta di requisiti di partecipazione molto restrittivi o che favoriscono un determinato operatore economico, nella definizione del criterio di aggiudicazione, dei criteri di valutazione delle offerte e delle modalità di attribuzione dei punteggi in modo da avvantaggiare un determinato operatore economico;

Considerato che, venendo al caso di specie, con riferimento al secondo quesito da ritenersi logicamente prioritario, ICE ha affidato allo studio legale Orrick, Herrington & Sutcliffe nella persona di Matteo Daste la preparazione di tutta la documentazione necessaria per bandire la gara (bando, disciplinare, capitolato tecnico) avente ad oggetto la gestione delle attività e dei servizi del Centro d'innovazione italiano di San



Francisco, ivi comprese la griglia dei requisiti minimi di partecipazione e il possibile sistema di attribuzione dei punteggi sulla base di criteri adeguati ai servizi oggetto dell'appalto. Matteo Daste è uno dei tre soci (con il 5%) di MTB, società che fornisce, tra gli altri, servizi di consulenza per l'innovazione. Scorrendo il sito di MTB si apprende che Matteo Daste è tra i c.d. "mentori" della società, definiti come i "*professionisti che hanno lavorato attivamente con le nostre startup e, in alcuni casi, aziende, per fornire programmi per aiutare a scalare le aziende a livello internazionale e apprendere il succo segreto della Silicon Valley condividendo le loro esperienze*" (traduzione automatica) e che, come evidenziato dalla controinteressata, fa parte del Consiglio di Amministrazione della Fondazione MTB gestita da MTB. Infine, dall'Offerta tecnica presentata da MTB emerge anche un ruolo di Matteo Daste nel progetto di offerta elaborato da MTB, comparando il suo nome oltre che tra i componenti dell'Advisory Board (coinvolto in almeno una sessione di strategia annuale), tra i mentori coinvolti durante la Startup School, indicati come motore principale delle attività di formazione che vengono attivati in specifici programmi. Tali indizi denotano, nonostante la modesta quota di partecipazione nel capitale sociale, un ruolo attivo di Daste nell'attività di MTB e un suo coinvolgimento anche a livello operativo nei servizi offerti nella gara in esame. Quanto al ruolo svolto nell'attività di redazione della documentazione di gara, MTB nega che sia stato personalmente coinvolto nell'attività di consulenza. Al riguardo, l'unica evidenza a disposizione è la lettera di incarico avente ad oggetto la consulenza, sottoscritta dallo stesso Daste per accettazione. Tanto pare sufficiente per dare evidenza, quand'anche la documentazione non fosse stata redatta personalmente da Daste, che lo stesso Daste ha avuto nella propria disponibilità l'elaborazione della documentazione di gara, e che pertanto ha avuto la possibilità di sovrintendere a tale attività e di intervenire per indirizzare e per controllare il prodotto finale;

Ritenuto che, sulla base della ricostruzione giuridica sopra richiamata e degli elementi in fatto sin qui considerati, sia configurabile in capo a Matteo Daste, in qualità di soggetto privato chiamato a svolgere una funzione strumentale alla preparazione della gara, un interesse personale (all'aggiudicazione della gara a MTB, società operante nel settore interessato dalla procedura, di cui è socio e attivo collaboratore), che avrebbe potuto influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni di predisposizione della legge di gara. Si tratta di un interesse per nulla astratto, ma concreto, specifico e attuale. Ciò rileva ai fini della configurabilità del conflitto di interesse, come già evidenziato, anche indipendentemente dall'effettivo concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può ingenerare (Consiglio di Stato, 5 agosto 2020, n. 5151);

Considerato che la posizione del professionista Matteo Daste in seno alla società partecipante, come sopra descritta, fa ravvisare profili di potenziale conflitto di interesse in relazione alla possibile asimmetria informativa che può avere avvantaggiato il concorrente MIND THE BRIDGE INC rispetto ad altri. Al riguardo si rammenta, come il Consiglio di Stato ha anche di recente ribadito (CdS Sen. 5151/2020) che ai fini dell'individuazione di una situazione di 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, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio competitorum. Nel caso di specie, sussistono entrambi gli elementi indiziari dai quali è possibile ricavare, in via presuntiva, il conflitto di interessi, ovvero: a) l'esistenza di un interesse personale del professionista Matteo Daste e della ditta concorrente in gara; b) il ruolo che il primo rivestiva nella definizione della documentazione di gara e che gli avrebbe potuto consentire di "intervenire" o di "influenzare" il risultato (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 6150/2019; id., sez. V, n. 3048/2020, nonché Cons. Stato, parere 5 marzo 2019, n. 667).

Ritenuto che laddove disvelato per tempo questo tipo di conflitto di interesse alla luce del quadro normativo di riferimento (art. 80, comma 5, lett. d d.lgs 50/2016; art. 42 d.lgs. 50/2016) ammette in termini generali ed in alcuni casi che la stazione appaltante valuti preliminarmente se vi siano – e quali – misure adottabili per risolvere il conflitto diverse dall'esclusione del concorrente.



Considerato, tuttavia, che nel caso in esame il conflitto di interesse di Matteo Daste nei termini sopra indicati si è palesato alla stazione appaltante solo successivamente all'aggiudicazione, l'esclusione di MTB dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. d d.lgs 50/2016 si configura come l'unico rimedio idoneo a risolvere tale situazione di conflitto, a nulla valendo in questo senso la tardiva fuoriuscita di Daste dalla compagine societaria (ventilata da MTB);

Considerato, con riferimento al primo quesito formulato dalla stazione appaltante, che, è possibile che l'affidamento della redazione della documentazione di gara ad un soggetto portatore di un interesse della propria sfera privata, idoneo a influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle funzioni affidategli, abbia avuto come effetto quello di restringere lo spettro dei potenziali candidati – o favorire un operatore economico – attraverso la definizione dei requisiti richiesti. Al riguardo si intende unicamente rappresentare che una analisi di questo tipo è rimessa alla stazione appaltante (ed agli eventuali strumenti di supporto di cui vorrà avvalersi), così come rimane riservata alla discrezionalità della stazione appaltante la verifica della sussistenza dei presupposti che l'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 richiede ai fini dell'esercizio dell'annullamento in autotutela (ragioni di interesse pubblico, termine ragionevole, valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati rispetto all'atto da rimuovere), posto che esso non può fondarsi sulla mera esigenza di ripristino della legalità;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara dell'operatore economico Mind The Bridge Inc.
- rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la verifica della sussistenza dei presupposti che l'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 richiede ai fini dell'esercizio dell'annullamento in autotutela.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 aprile 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Firmato digitalmente