



DELIBERA N. 279

20 giugno 2023

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dall'Arch. [OMISSIS] – Concorso di progettazione a procedura aperta a due gradi per la realizzazione di un Nuovo Ponte a Fontegrande e due piste ciclabili – Premio concorso di progettazione: euro 43.840,67 – Corrispettivo fasi successive: euro 455.394,34 – S.A. Comune di Ortona (CH) - **istanza presentata singolarmente**

PREC 577/2023/S

Riferimenti normativi

Articoli 42 e 80, co. 5 lett. d) d.lgs. n. 50/2016;

Parole chiave

Conflitto d'interesse – esclusione – non automatica - collaborazione professionale - verifica in concreto – prove specifiche

Massima

Conflitto d'interesse – esclusione – non è automatica - collaborazione professionale - verifica in concreto – prove specifiche – spetta alla stazione appaltante

L'esclusione del concorrente nelle ipotesi di conflitto d'interesse non è automatica. Spetta alla stazione appaltante adottare preventivamente tutte le misure necessarie a evitare situazioni di conflitto d'interesse e valutare la situazione concreta sulla base di prove specifiche. Pregressi rapporti di collaborazione professionale fra il Coordinatore del concorso e il concorrente giunto primo in graduatoria, o fra il Coordinatore del concorso e il Commissario di gara non comportano necessariamente la sussistenza di un conflitto d'interesse.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 giugno 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 33060 del 28 aprile 2023 presentata dall'Arch. [OMISSIS], in veste di mandataria di un raggruppamento di professionisti che ha partecipato al concorso di progettazione



indicato in oggetto bandito dal Comune di Ortona, collocandosi in seconda posizione. Con l'istanza di parere, l'Arch. Falcone solleva dinanzi all'Autorità una questione di potenziale conflitto d'interesse che riguarderebbe il Coordinatore del concorso di progettazione in relazione al raggruppamento giunto primo in graduatoria. In particolare, la situazione di potenziale conflitto d'interessi si configurerebbe, secondo l'istante, in quanto tre componenti del raggruppamento risultato vincitore avrebbero, nel 2019 e nel 2021, partecipato a due concorsi di progettazione in raggruppamento con l'architetto attuale Coordinatore del concorso del Comune di Ortona. Oltre a ciò, il conflitto d'interesse sarebbe dovuto anche al rapporto di collaborazione professionale intercorso fra il suddetto Coordinatore e un componente della Commissione giudicatrice del concorso, che nel 2020 avrebbero partecipato in raggruppamento con altri professionisti a tre concorsi di progettazione. L'istante osserva che il ruolo di "Coordinatore di concorsi di progettazione", che viene ricoperto dal RUP o da un professionista che abbia frequentato un apposito corso, comporta lo svolgimento, in particolare, di compiti di supporto al RUP nella preparazione dei documenti del concorso. Il Coordinatore inoltre determina il numero e le caratteristiche degli elaborati da richiedere ai concorrenti, elabora il cronoprogramma, calcola i costi della procedura, ha un ruolo di consulenza in merito agli aspetti urbanistici ed edilizi, predispone le risposte alle richieste di chiarimento e svolge le attività di comunicazione. Secondo l'istante, la semplice possibilità, per il Coordinatore, di influire sulla predisposizione della documentazione di gara, mediante l'inserimento di requisiti di partecipazione o di criteri di valutazione tesi a favorire un concorrente, integra una situazione di conflitto d'interesse. Nel caso di specie, il Coordinatore avrebbe ad esempio pubblicato alcuni chiarimenti riguardanti le "specifiche misure offerta tecnica". Dopo aver quindi esposto le proprie perplessità alla stazione appaltante e aver ricevuto un riscontro negativo, in quanto il Comune comunicava di non ravvisare profili di illegittimità nella procedura, l'istante chiede all'Autorità se il raggruppamento vincitore non debba essere escluso per conflitto d'interesse ai sensi dell'art. 80, co. 5 lett. d) del d.lgs. 50/2016;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 35343 in data 9 maggio 2023;

VISTA la memoria prodotta dalla stazione appaltante, acquisita al prot. n. 36006 dell'11 maggio 2023, con cui essa, nel respingere le contestazioni mosse dall'istante, rappresenta che l'Architetto Coordinatore del concorso svolgeva unicamente funzioni tecniche e operative di supporto al RUP, senza alcun potere decisionale e/o valutativo né alcuna capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi. Inoltre la S.A. specifica che gli atti di gara venivano redatti integralmente dal Responsabile del Servizio Gare e non dal Coordinatore, ragion per cui non ritiene di condividere l'ipotesi di rischio paventata dall'istante insita nella redazione degli atti di gara mediante l'inserimento di requisiti di partecipazione restrittivi o di criteri di aggiudicazione mirati a favorire un determinato o.e.. La S.A. rigetta infine l'affermazione dell'istante secondo cui "il ruolo di Coordinatore gli forniva l'occasione di influenzare, direttamente o indirettamente, l'esito della gara anche grazie al rapporto professionale che è risultato avere con almeno un membro della Commissione";

VISTA la memoria prodotta dal professionista mandatario del raggruppamento vincitore, acquisita al prot. n. 36026 dell'11 maggio 2023, con cui egli nega la sussistenza di situazioni di conflitto d'interesse, specificando che nessun componente del raggruppamento ha rapporti di alcun tipo con i membri della Commissione di gara né con il personale della stazione appaltante o i collaboratori della procedura;

VISTO il disciplinare di gara, che prevede all'art. 4 specifiche cause di incompatibilità e conseguente divieto di partecipazione al concorso per coloro che abbiano partecipato alla stesura del bando e dei documenti allegati, i loro coniugi e i loro parenti fino al quarto grado compreso e chiunque abbia in corso con loro un rapporto di lavoro o altro rapporto notorio, specificando che si intende per rapporto notorio una «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 nell'arco dell'ultimo triennio». Parimenti il disciplinare prevede il divieto di partecipazione per coloro che «potrebbero risultare favoriti a causa dell'esecuzione di prestazioni preliminari rilevanti ai fini del concorso e/o del loro coinvolgimento nella redazione del bando e dei suoi allegati o nella realizzazione del concorso», per i dipendenti dell'Ente o coloro che abbiano un rapporto di collaborazione avente ad oggetto il tema del concorso. Infine il divieto di partecipazione riguarda coloro che abbiano un rapporto di lavoro o altro rapporto notorio con i componenti della Commissione giudicatrice. I concorrenti avevano inoltre l'onere di comunicare eventuali cause di incompatibilità con i commissari di concorso una volta resi noti i nominativi, pena la successiva esclusione nel caso di emersione di situazioni di incompatibilità non denunciate (punto 2.3 - "Oneri dei partecipanti");

VISTI gli artt. 42 e 80, co. 5 lett. d) del d.lgs. 50/2016;

VISTE 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, con cui è stato evidenziato che «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. L'interesse economico finanziario deve derivare da un collegamento personale, diretto, qualificato e specifico dell'agente con le conseguenze e con i risultati economici finanziari degli atti posti in essere (v. anche delibere Anac n. 881/2020; n. 762/2019). Perché possa configurarsi un conflitto di interessi, dunque, è necessario essere in presenza di veri e propri interessi, vale a dire che sussista effettivamente un bisogno, materiale o immateriale, da soddisfare, venendo pertanto in rilievo non già situazioni astratte, ma concrete, specifiche e attuali. L'attività professionale pregressa non è stata ritenuta di per sé sufficiente a configurare, in capo a un Commissario di gara, un interesse concreto e specifico che potesse trovare soddisfacimento nell'aggiudicazione della gara a un determinato concorrente, anche in considerazione dell'assenza della dimostrazione di perduranti legami professionali, o anche amicali, con la compagine societaria (delibera n. 881/2020 cit.). A fronte di una presunta illegittima aggiudicazione, a motivo di pregressi rapporti professionali intercorsi fra il progettista/direttore dei lavori dell'opera oggetto di affidamento e la mandante dell'aggiudicataria nel triennio antecedente, l'operato della stazione appaltante era ritenuto conforme alla normativa di settore in quanto essa acquisiva la necessaria dichiarazione da parte della concorrente aggiudicataria relativamente alla sussistenza o meno di eventuali condizioni di controllo e collegamento con il progettista e i suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico, da cui emergeva che la concorrente non aveva svolto attività di supporto alla progettazione in merito ai lavori oggetto dell'affidamento (Anac, delibera n. 762/2019 cit.);

VISTA la giurisprudenza, che ha rilevato come le situazioni di incompatibilità nelle gare pubbliche devono risultare oggetto di specifica ed inequivoca prova, anche sulla base di elementi di fatto indizianti, gravi, precisi e concordanti, non potendo farsi riferimento ad elementi presuntivi e generici (Cons. St., Sez. III, n. 330/2020). Per pacifica giurisprudenza, il conflitto di interessi – proprio per il rischio di effetti escludenti – deve essere sempre verificato in concreto, tramite riscontro dell'obiettivo vantaggio competitivo conseguito direttamente o indirettamente garantitosi (TAR Piemonte, I, n. 58/2022). Il previo rapporto di "colleganza" fra il commissario e il progettista dell'aggiudicataria o comunque l'esistenza di un pregresso rapporto professionale non è sufficiente, di per sé, a comprovare, in capo al commissario, la sussistenza - in via diretta o indiretta - di "un interesse finanziario, economico o altro interesse personale" ex art. 42 del d.lgs. 50/2016, tenuto conto che il configurarsi del conflitto di interessi ai sensi dell'art. 42 richiede verifiche in concreto e sulla base di prove specifiche (TAR Campania Salerno, n.



1885/2020). L'esclusione quindi non è automatica, ma deve essere pronunciata all'esito di una valutazione della stazione appaltante delle circostanze della situazione concreta (Cons. St. Sez. Consultiva sugli Atti Normativi, Parere n. 667/2019). L'esclusione non è giustificata nei casi in cui si possa dimostrare che tale situazione non determina alcun rischio reale di falsare la concorrenza tra gli offerenti. Infatti, secondo una costante giurisprudenza, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a vegliare sul rispetto, in ogni fase della procedura di gara d'appalto, del principio di parità di trattamento e, di conseguenza, delle pari opportunità di tutti gli offerenti. Il principio di trasparenza, che ne rappresenta un corollario, implica che tutte le condizioni e modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'onere e che tutte le informazioni tecniche pertinenti siano messe, appena possibile, a disposizione di tutte le imprese che partecipano ad un appalto pubblico. Il ragionamento in termini di rischio di conflitto di interessi impone da un lato una valutazione concreta dell'offerta, dall'altro della situazione dell'offerente, e l'esclusione è un rimedio volto a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento tra gli offerenti (Trib. I grado UE II, n. 403/12 del 13/10/2015; TAR Emilia Romagna II, n. 256/2020). Un provvedimento di esclusione può essere adottato solamente quando la stazione appaltante abbia verificato che non sussistono altri rimedi per assicurare la tutela della *par condicio* fra i concorrenti e la trasparenza. Quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'art. 80, comma 5, lett. d) del Codice infatti prevede, come *extrema ratio*, che sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto, mentre se il conflitto di interesse è evidenziato in una fase più avanzata del procedimento di gara, o addirittura successivamente all'aggiudicazione, non può che trovare applicazione la misura demolitoria, che, secondo la regola generale, colpisce il provvedimento conclusivo della procedura, viziato in via derivata dal conflitto di interesse (Cons. St. III, n. 5151/2020; V, n. 7389/2019). L'obbligo di risolvere il conflitto incombe sempre sul funzionario pubblico e sulla stazione appaltante, la quale è titolare del potere di garantire e soddisfare l'interesse legittimo, ed è quindi tenuta ad adeguare la propria organizzazione per permetterne la soddisfazione;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, non è stato evidenziato il presunto interesse di natura economica, finanziaria o personale del Coordinatore del concorso in relazione al concorrente giunto primo in graduatoria, né sono state evidenziati gli elementi del bando di gara che avrebbero avuto lo scopo di favorire un concorrente rispetto agli altri (requisiti di partecipazione restrittivi; criteri di valutazione mirati). Come osservato dalla giurisprudenza, infatti, l'esistenza di un pregresso rapporto professionale tra costoro non è sufficiente, di per sé, a comprovare la sussistenza di tale interesse, ed inoltre il disciplinare poneva un divieto in relazione a un eventuale rapporto di lavoro in corso, o altro rapporto notorio. Neppure il fatto che il Coordinatore abbia avuto rapporti professionali pregressi con uno dei Commissari di gara dimostra l'interesse di natura economica, finanziaria o personale nella gara attuale, per la quale egli ha svolto funzioni di supporto al RUP;

CONSIDERATO che spetta alla stazione appaltante la valutazione della situazione concreta che potrebbe dar luogo a conflitto d'interesse, anche alla luce dei divieti posti dal disciplinare di gara, e adottare le misure necessarie a evitarla;

RITENUTO, alla luce di tutto quanto sopra considerato, che nel caso di specie non emerge l'interesse di natura economica, finanziaria o personale del Coordinatore del concorso rispetto al concorrente giunto primo in graduatoria, né sono state evidenziate le modalità con cui sarebbe stato favorito, in ipotesi, il suddetto concorrente;

Il Consiglio



ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- spetta alla stazione appaltante adottare preventivamente tutte le misure necessarie a evitare situazioni di conflitto d'interesse ed inoltre valutare la situazione concreta che potrebbe dar luogo a conflitto d'interesse. Nel caso di specie non emerge l'interesse di natura economica, finanziaria o personale del Coordinatore del concorso rispetto al concorrente giunto primo in graduatoria, né sono state evidenziate le modalità con cui sarebbe stato favorito, in ipotesi, il suddetto concorrente.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 giugno 2023

Il Segretario verbalizzante Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente