



DELIBERA N. 589 del 13 dicembre 2022

Fascicolo 2587/2022

(da citare nella risposta)

Oggetto

Affidamenti del Comune di P.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

VISTO il D. Lgs. n. 50/2016

VISTO il "Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici" del 4.7.2018 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 241 del 16.10.2018);

VISTE le Linee Guida 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 5.6.2019;

VISTE le comunicazioni e la documentazione acquisite nell'ambito del procedimento in oggetto;

CONSIDERATO IN FATTO

A seguito di segnalazioni pervenute da un consigliere comunale, è emerso che il comune di P. ha disposto i seguenti affidamenti diretti in favore della L. srls:

- Determina n. 37 del 19.02.2020 per un importo di € 7.500,00, oltre IVA, per 3 mesi;
- Determina n. 202 del 19.05.2020 per un importo di €. 20.000,00, oltre IVA, per 8 mesi;
- Determina n. 22 del 19.01.2021 per un importo di €. 30.000,00, oltre IVA, per l'intero 2021;
- Determina n. 629 del 31.12.2021 per un importo di €. 29.500,00, oltre IVA; per l'intero 2022.

I contratti hanno il medesimo oggetto (servizio di supporto al settore economico finanziario del comune) e ricoprono continuativamente il periodo dal 19.2.2020 al 31.12.2022. In tutte le determine di affidamento il RUP ha dichiarato l'insussistenza di conflitti di interesse.

Inoltre, dall'attività istruttoria svolta dall'Autorità nonché dall'esame della visura camerale della suddetta società, è emerso che O.L.:

- è stato amministratore unico della L. srls sino all'8.9.2020 e socio unico della medesima sino al 14.1.2021;
- in data 11.9.2020 ha sposato la figlia del RUP degli affidamenti in oggetto (G. T.), divenendone affine di primo grado, ai sensi dell'art. 78 c.c.



Con nota prot. U ANAC 76418 del 27.9.2022, l'Autorità ha comunicato l'avvio del procedimento di vigilanza nei confronti della stazione appaltante e dell'operatore economico, contestando la violazione dell'art. 42 d.lgs. 50/2016 (sussistendo una situazione di conflitto di interesse tra il RUP e un soggetto esponenziale dell'operatore economico), dell'art. 80 co. 5 lett. d) d.lgs. 50/2016 (non avendo il concorrente, in fase di affidamento, dichiarato la sussistenza della situazione di conflitto) nonché dell'art. 36 co. 1 d.lgs. 50/2016 (essendo stato violato il principio della rotazione nell'assegnazione degli affidamenti diretti in esame).

La stazione appaltante e l'appaltatore hanno fornito riscontro, con distinte memorie di contenuto sostanzialmente convergente, nelle quali si sostiene che:

- non sussiste conflitto di interesse, in quanto il sig.O.L. alla data del matrimonio (11.9.2020) non era più amministratore della società (dall'11.8.2020) e avrebbe perso la qualità di socio unico in data 19.12.2020, data antecedente all'affidamento disposto con Determina n. 629/2021;
- la presentazione del DGUE ha carattere facoltativo per gli affidamenti diretti;
- il principio di rotazione non sarebbe violato, in quanto l'importo complessivo dei quattro affidamenti sarebbe inferiore (pari ad € 87.000,00) all'importo per il quale sarebbe consentito l'affidamento di diretto (€ 140.000,00).

CONSIDERATO IN DIRITTO

Le controdeduzioni fornite dalle parti non appaiono sufficienti ad escludere le violazioni contestate.

1. Conflitto di interesse

1.1) L'Autorità ha chiarito, sia in sede regolatoria (Linee Guida 15) che di vigilanza (Delibere 712/2021, 65/2022, 66/2022, 273/2022, 376/2022, 377/2022), il quadro normativo di riferimento del conflitto di interesse e ha precisato gli obblighi gravanti i soggetti legati da vincolo parentale o di affinità, che rileva quale potenziale conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 50/2016. Infatti, l'art. 7 dpr 62/2013 (richiamato dall'art. 42 co. 2 d.lgs. 50/2016) dispone che *"Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza."*

In argomento occorre anche ribadire che il personale della stazione appaltante è tenuto a rendere le opportune dichiarazioni di (in)sussistenza di situazioni di conflitto di interesse e, in ogni caso, a dichiarare la situazione di conflitto allorquando questa emerga.

Come evidenziato nelle Linee Guida ANAC n. 15, non si tratta di meri adempimenti formali, giacché costituiscono il principale strumento attraverso il quale le stazioni appaltanti possono prevenire e gestire possibili situazioni di rischio.



Tali obblighi (dichiarativo e di astensione) sono pacificamente estesi alla fase di *esecuzione contrattuale* (art. 42 co. 4 d.lgs. 50/2016; Linee Guida ANAC n. 15, par. 3.4; Delibere 65/2022, 66/2022) e agli *affidamenti sotto soglia comunitaria* (art. 36, co. 1 d.lgs. 50/2016; Linee Guida ANAC n. 4, par. 3.1; Delibera 712/2022).

L'art. 36 co. 1 d.lgs. 50/2016, infatti, nel definire la normativa semplificata di svolgimento delle procedure sotto soglia, richiama espressamente l'operatività dell'art. 42 d.lgs. 50/2016, che assume una particolare importanza in riferimento agli affidamenti diretti.

- 1.2) Nel caso di specie, l'operatore economico ha prodotto un certificato della locale arcidiocesi attestante la data del matrimonio, tra il sig.O.L. e la figlia del RUP, avvenuto in data 11.9.2020. Tale data segna la nascita formale del legame di affinità tra il sig.O.L. e il RUP dei citati affidamenti, ancorchè debba presumersi che la frequentazione qualificata tra i due sia antecedente, atteso che ordinariamente un matrimonio è preceduto da un periodo di frequentazione anche tra parenti dei coniugi, più o meno lungo, ma certamente qualificato.

Altra circostanza da valutare nel caso concreto è la posizione del sig.O.L. all'interno della soc. appaltatrice, in quanto quest'ultimo è stato socio unico della stessa sino al 14.1.2021. Al riguardo, risulta irrilevante che l'accordo di cessione delle quote sociali tra le parti sia antecedente (segnatamente il 21.12.2020, come asserito dalla parte), in quanto l'atto di cessazione dalla qualità di socio unico produce i propri effetti nei confronti dei terzi (tra cui la stazione appaltante) dalla data di iscrizione o deposito dell'atto stesso presso il competente registro camerale, *ex art. 2470 co. 1 c.c. ("Il trasferimento della quota della società a responsabilità limitata è valido ed efficace inter partes indipendentemente dalla sua iscrizione nel libro dei soci (e ora dal suo deposito nel registro delle imprese, a seguito dell'abolizione del libro dei soci disposta dal d.l. n. 185/2008, convertito con modifiche dalla L. n. 2/2009), la quale è invece necessaria unicamente affinché il trasferimento sia efficace anche nei confronti della società e dei terzi" Cass. civ. Sez. I, 07-03-2014, n. 5407)*.

Pertanto, atteso che dalla visura camerale risulta che l'atto di cessione è stato depositato in data 14.1.2021, da tale data può farsi decorrere la perdita della qualità di socio unico da parte del sig. O.L..

Può quindi concludersi che il sig. O.L. e il RUP degli affidamenti fossero in conflitto di interesse, stante il loro legame di affinità, dalla data dell'11.9.2020 (data del matrimonio tra il sig. O.L. e la figlia del RUP) alla data del 14.1.2021 (data di deposito dell'atto di cessione delle quote sociali da parte del sig. O.L.).

- 1.3) Viene dunque in rilievo la Determina n. 202 del 19.05.2020 (per un importo di €. 20.000,00, oltre IVA), che ha comportato un'esecuzione contrattuale di 8 mesi, sino al 19.1.2021.

Visto il quadro normativo di riferimento (che prevede il potenziale conflitto di interesse anche in riferimento agli affidamenti diretti e alla fase di esecuzione dei contratti pubblici), il RUP dell'affidamento in esame avrebbe dovuto comunicare la situazione di conflitto almeno dalla data del matrimonio (11.9.2020), se non prima in ragione della frequentazione qualificata che deve aver preceduto tale evento, e quindi astenersi per la successiva fase di esecuzione del contratto.

In riferimento alla determina n. 22 del 19.01.2021 (per un importo di €. 30.000,00, oltre IVA, che ha avuto esecuzione per l'intero 2021), invece, si osserva che l'offerta è stata presentata in data



12.1.2021 (cfr. all. 5 alla memoria dell'ente comunale del 2.8.2022, recante la compilazione della scheda Mepa, riportante la data di acquisizione dell'offerta), allorché il sig. O.L. era ancora socio unico della suddetta società.

Pertanto, deve ritenersi che in riferimento ai due citati affidamenti il RUP abbia operato in conflitto di interessi, violando le norme di riferimento ed omettendo di astenersi.

Pertanto, la violazione un particolare rilievo ove si osservi che il servizio in affidamento era svolto a diretto supporto del medesimo RUP, titolare della posizione organizzativa economico finanziaria del comune mediante plurimi conferimenti di incarico, ex art. 110 TUEL (come emerge dall'incipit di ciascuna delle n.4 determinate a contrarre esaminate).

1.4) In ordine alla contestata violazione dell'art. 80 co. 5 lett. d) d.lgs. 50/2016, deve osservarsi che, al di là dell'utilizzo del modello DGUE, l'art. 36 co. 5 e 7 d.lgs. 50/2016 e le L.G. ANAC n. 4, par. 4.2 impongono alle stazioni appaltanti l'obbligo di verificare i requisiti generali del concorrente, tra i quali la situazione di conflitto di interesse, seppure con talune semplificazioni procedurali per gli affidamenti di minore importo.

Pertanto, il concorrente, in sede di affidamento della determina 22/2021, avrebbe dovuto segnalare il legame sussistente tra il socio unico della società e il RUP della stazione appaltante, onde consentire alla stazione appaltante di gestire la situazione di rischio.

2. Violazione del principio di rotazione

2.1) Gli affidamenti in esame sono stati assegnati anche in violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, il quale mira ad evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico (cfr. anche Linee Guida ANAC n.4).

Al riguardo, la stazione appaltante ha eccepito che tale principio dovrebbe intendersi nel senso che fino alla soglia prevista dalla norma (attualmente € 139.000,00) sarebbe possibile effettuare affidamenti, anche frazionati, in favore del medesimo appaltatore. Sicché, nel caso in esame, sarebbero legittimi tutti gli affidamenti disposti in favore della L. srls, in quanto la somma degli affidamenti stessi è pari ad € 87.000,00.

2.2) Al riguardo è opportuno richiamare la normativa di riferimento.

L'art. 36, comma 1, del d.lgs. 50/2016 dispone che *"L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese"*.

Ed ancora, l'art. 1 co. 2, lett. a), d.l. 76/2020, che ha elevato la soglia dell'affidamento diretto ad € 139.000,00, per gli affidamenti di servizi e forniture prevede: *"(...) le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità: a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi*



di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione."

In caso di affidamento diretto, dunque, se la stazione appaltante individua direttamente l'operatore economico con cui stipulare il contratto, dovrà rispettare il principio di rotazione, che impone di ruotare gli operatori economici cui affidare direttamente i diversi contratti.

- 2.3) In tal senso, le L.G. ANAC n. 4, par. 3.6. hanno precisato che *"Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento."*

Sul punto, vi è un granitico orientamento giurisprudenziale, ben sintetizzato in una recente sentenza del TAR Veneto 132/2022, che si riporta per ragioni di comodità espositiva: *"L'art. 36, comma 2, lett. a), d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, riconosce alle Amministrazioni un'ampia discrezionalità nell'affidamento dei contratti, la quale deve essere bilanciata dall'applicazione puntuale dei principi di cui al comma 1 sopra ricordati e, in particolare, del principio di rotazione, da intendersi sia degli inviti che degli affidamenti. Il principio di rotazione, in particolare, <<costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755). In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, V, 12 giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854). Indefettibile presupposto logico del principio di rotazione è dunque l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524)>> (Cons. Stato V, 27 aprile 2020, n. 2655; 31 marzo 2020, n. 2182)>>. Come ricordato anche recentemente dal Consiglio di Stato (Consiglio di Stato sez. V, 17/03/2021, (ud. 22/10/2020, dep. 17/03/2021), n.2292), la giurisprudenza ha da ultimo (Cons. Stato, sez. 31 marzo 2020, n. 2182) affermato che*



il principio della rotazione, previsto dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si applica già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara e ha altresì chiarito che il citato art. 36, comma 1, impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

La giurisprudenza ha, quindi, evidenziato che «l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale – salvo motivate eccezioni – si impone soltanto di “saltare” il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti”, così garantendo i principi di cui all'art. 97 Cost., poiché “l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors “esterni” (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi” (Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125)...In quest'ottica non è causale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza delle strutturazioni del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare l'offerta e, così, posti in competizione tra loro.... Tale principio comporta perciò, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi (facendo, in particolare, riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento; in tal senso cfr. ex multis: Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; si veda anche a tale riguardo la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4)».

2.4) Nel caso di specie, tutti gli affidamenti in esame hanno il medesimo oggetto e sono funzionali a garantire un'attività di supporto proprio allo stesso RUP che li ha assegnati (che è responsabile del settore economico- finanziario del Comune) e non vi è valida motivazione in relazione all'impossibilità di affidare ad altri operatori economici il suddetto affidamento.

Deve pertanto ritenersi che gli affidamenti successivi al primo (Determina n. 202 del 19.05.2020; Determina n. 22 del 19.01.2021; Determina n. 629 del 31.12.2021) siano stati assegnati in violazione del principio di rotazione



Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

1) di ritenere che:

- le Determine n. 202 del 19.05.2020 e n. 22 del 19.01.2021 siano state assegnate o eseguite in violazione dell'art. 42 d.lgs. 50/2016, nonché in riferimento alla determina 22/2021, che il concorrente avrebbe dovuto dichiarare la situazione di conflitto di interesse;
- le Determine n. 202 del 19.05.2020, n. 22 del 19.01.2021 e n. 629 del 31.12.2021 siano state assegnate in violazione del principio di rotazione degli affidamenti, di cui all'art. 36 co.1 d.lgs. 50/2016;

2) di raccomandare al Comune di P. di valutare le eventuali azioni in autotutela in riferimento alle suddette determinate e, *pro futuro*, di rispettare scrupolosamente le norme indicate, soprattutto in caso di affidamenti diretti;

3) di dare mandato all'Ufficio Istruttore di comunicare la presente delibera al Comune P. e alla società appaltatrice, nonché al segnalante, ex art. 13 co. 5 del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 4 luglio 2018.

Il Comune interessato è invitato a comunicare all'ANAC le eventuali determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di **30 giorni** dalla ricezione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, comma 1, del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 4 luglio 2018.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 dicembre 2022

Il Segretario

Laura Mascali

Atto firmato digitalmente