



DELIBERA N. 233

3 giugno 2025.

Oggetto

Istanza di parere congiunta (per adesione successiva) per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 presentata da *...omissis...* - Procedura aperta per l'affidamento di lavori per "l'adattamento ai cambiamenti climatici in ambito urbano zona traforo A.U. *...omissis...* e via San Domenico A.U. *...omissis...*" – CIG B5754569D8 - Importo a base di gara: Euro 415.501,43 - S.A.: *...omissis...*

UPREC - PREC 154-2025-L

Riferimenti normativi

Artt. 16, 95, comma 1, lettere b) e d), 108, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023;
artt. 63 e 78 del d.lgs. n. 267/2000.

Parole chiave

Conflitto di interessi, socio accomandante, consigliere comunale, unicità del centro decisionale, invarianza della soglia di anomalia.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 3 giugno 2025



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 61173 del 18 aprile 2025, con la quale il *...omissis...* ha chiesto all'Autorità di pronunciarsi in ordine alla legittimità della partecipazione alla gara della *...omissis...*, risultata la migliore offerta al di sotto della soglia di anomalia. Viene chiesto se: *i)* sussiste una situazione di incompatibilità e/o conflitto di interessi ex art. 63, comma 1, lett. b) del TUEL, derivante dalla circostanza che nella compagine sociale di tale operatore risulta esservi, in qualità di socio accomandante, senza poteri di rappresentanza e/o di coordinamento, un consigliere comunale, nonché marito dell'amministratore della società (socio accomandatario); *ii)* sussiste una fattispecie di imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, derivante, per un verso, dalla circostanza che alcuni operatori sono legati da vincoli di parentela con il primo classificato, per altro verso, dalla circostanza che altri concorrenti hanno trasmesso le offerte dal medesimo indirizzo Id; *iii)* in caso di risposta positiva ai precedenti quesiti, viene chiesto se l'operatore economico vada escluso dalla gara e se si debba procedere alla rideterminazione della soglia di anomalia oppure allo scorrimento della graduatoria;

VISTE le adesioni presentate da *...omissis...* (di seguito "*...omissis...*", prima classificata), dalla ditta individuale *...omissis...*, da *...omissis...*, da *...omissis...*, dalla *...omissis...* e dalla *...omissis...*;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento di cui alla nota prot. 67926 del 7 maggio 2025;

VISTA la documentazione in atti;

VISTA la memoria presentata da *...omissis...*, acquisita al prot. 70265 del 12 maggio 2025, nella quale viene riportato che, in data 10 aprile 2025, è stato stipulato un atto di donazione di quote della s.a.s., in seguito al quale l'assetto societario è mutato, in quanto le quote del consigliere comunale (*...omissis...* sono state cedute al figlio (*...omissis...*), al fine di rimuovere ogni dubbio su presunte ipotesi di incompatibilità e/o conflitto di interessi "*prima della contrattualizzazione dei lavori, per come stabilito dai principi generali*



dell'articolo 69 del D.lgs. n. 267/2000'. A sostegno della assenza di una situazione di conflitto di interessi viene riportata la sentenza del TAR Calabria, n. 1209/2014 con la quale era stato annullato un provvedimento di esclusione da una gara, adottato nei confronti della stessa *...omissis...*, a causa di analoga situazione di incompatibilità, prevista dallo Statuto comunale, per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione (all'epoca regolato dall'art. 46, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006). Viene, inoltre, riferito che: in base al principio di separazione tra politica e gestione amministrativa, al Consiglio comunale non compete alcun potere in ordine alla selezione dell'affidatario del contratto; le ipotesi di conflitto di interessi vanno interpretate in via restrittiva, perché limitative della libertà di iniziativa economica; che lo stesso art. 63 del TUEL circoscrive i casi di incompatibilità alle situazioni in cui il soggetto che ricopre la carica politica sia titolare, amministratore o *"dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento"*; tali conclusioni sarebbero avvalorate da un parere del Ministero dell'Interno (classifica 15900/TU/00/63 del 25 maggio 2010);

CONSIDERATO che, con il primo quesito, il Comune ha chiesto all'Autorità di valutare se sussiste una causa di incompatibilità e/o di conflitto di interessi, ai sensi dell'art. 63, comma 1, lett. b) del TUEL, in capo alla *...omissis...*, sostenendo che sembrerebbe sussistere tale situazione, sulla base dei pareri del Ministero dell'Interno, nonché della sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, 8 agosto 2003, n. 11959, chiedendo *"di voler confutare o confermare tale assunto, ed in quest'ultimo caso indicare la corretta modalità procedimentale da seguire"*;

TENUTO CONTO che dalla documentazione in atti risulta che, alla data di presentazione delle offerte (24 febbraio 2025), la *...omissis...* (società in accomandita semplice) vedeva suddiviso il proprio capitale sociale tra *...omissis...*, amministratore e socio accomandatario, per l'80%, e *...omissis...* (consigliere comunale del *...omissis...*, in carica dal 22 giugno 2024), socio accomandante, per il 20% del capitale sociale (cfr. visura storica della società). In data 10 aprile 2025, con atto di donazione di quote di s.a.s. (registrato a Cosenza il 16 aprile 2025, n. 7316 serie 1T), i due soci hanno risuddiviso il patrimonio sociale, donando (la Sig.ra *...omissis...* in parte, il Sig. *...omissis...* per intero) quote di partecipazione in favore del figlio in comune (*...omissis...*).



Per effetto di tale atto, *...omissis...* (consigliere comunale) è cessato dalla carica di socio accomandante il 18 aprile 2025 e il capitale sociale risulta ripartito al 50% tra la Sig.ra *...omissis...* (Amministratore unico e socio accomandatario) e *...omissis...* (socio accomandante);

RITENUTO preliminarmente che esulano dalle competenze dell'Autorità le questioni relative all'accertamento delle cause di incompatibilità o delle situazioni di conflitto di interesse degli amministratori locali, previste dal TUEL di cui al D.lgs. n. 267/2000 (cfr. Atto del Presidente del 20 marzo 2024-fasc. 1193/2024). Per l'accertamento di tali situazioni la competenza è del Ministero dell'Interno - Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali. Ciò posto, al fine di supportare il Comune istante nelle proprie valutazioni, si osserva che, quand'anche fosse ritenuta sussistente una situazione di incompatibilità ex art. 63 del TUEL (al momento della partecipazione alla gara) tra la carica di consigliere comunale e quella di socio accomandante di una società partecipante ad un appalto (in ragione del fatto che, sia pure limitatamente alla quota di partecipazione al capitale sociale, il consigliere potrebbe risultare portatore di interessi confliggenti con quelli dell'ente comunale), il Comune dovrebbe valutare due ulteriori circostanze. Innanzitutto, occorre valutare se la causa di incompatibilità (che per definizione comporta l'opzione tra due posizioni confliggenti) è stata superata dall'integrale cessione delle quote sociali da parte del consigliere e dalla sua cessazione dalla carica di socio accomandante. In secondo luogo, occorre considerare la previsione di cui all'art. 78, comma 2, TUEL che prevede l'obbligo di astensione degli amministratori locali (compresi i consiglieri comunali) *"dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado"*. Come evidenziato nel citato Atto del Presidente dell'Autorità del 20 marzo 2024, *"l'art. 78 contiene la clausola generale in base alla quale per tutti gli amministratori locali vi è sempre l'obbligo di astensione qualora vengano a trovarsi in posizione di conflitto, in quanto portatori di interessi personali, diretti o indiretti, in contrasto potenziale con quello pubblico"*. Si tratta di una misura obbligatoria con funzione preventiva, finalizzata a salvaguardare l'imparzialità dell'attività dell'ente locale ogniqualvolta vi sia una correlazione immediata e diretta tra la situazione personale del titolare della carica pubblica (che potrebbe anche



derivare dall'adozione di una delibera relativa alla gestione di un appalto da parte di una società amministrata da parenti) e l'oggetto specifico della deliberazione;

RITENUTO che, per risolvere la questione controversa, occorre analizzarla sotto altra prospettiva, riconducendola nell'ambito di altri parametri normativi, in particolare degli artt. 16 e 95, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 36/2023, in materia di conflitto di interessi nelle procedure di gara, per verificare se sussiste o meno un motivo di esclusione in capo alla società *...omissis...* Ciò comporta un ribaltamento di prospettiva rispetto alla descrizione effettuata dal Comune, indagando non sulla posizione del consigliere comunale bensì sull'operatore economico e sulla posizione dei soggetti che, dal lato dell'amministrazione, intervengono nella procedura di gara;

CONSIDERATO che, con riferimento alle procedure di affidamento di contratti pubblici, si ha conflitto di interessi *"quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, 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 aggiudicazione o nella fase di esecuzione"* (art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023). Rispetto all'art. 42 del precedente Codice (che si riferiva al *"personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi"*), la nuova disposizione specifica che il conflitto di interessi *"può riguardare qualsiasi soggetto, anche non formalmente dipendente della stazione appaltante o dell'ente concedente, che interviene nella procedura di aggiudicazione e di esecuzione con compiti funzionali (vale a dire che implicino esercizio della funzione amministrativa, con esclusione delle mansioni meramente materiali o d'ordine) e che, pertanto, sia in grado di influenzarne il risultato"* (cfr. Relazione illustrativa del Consiglio di Stato). Sotto il profilo soggettivo, la previsione si applica a tutti coloro che svolgono compiti di amministrazione, gestione e controllo sulla procedura di gara ovvero che, in base al concreto ruolo che ricoprono all'interno della SA, sono in grado di influenzare gli esiti della gara. Le Linee guida Anac n. 15, al par. 4.1, facevano riferimento *"ad esempio, ai membri degli organi di amministrazione e controllo"*



della stazione appaltante che non sia un'amministrazione aggiudicatrice, agli organi di governo delle amministrazioni aggiudicatrici laddove adottino atti di gestione e agli organi di vigilanza esterni";

RITENUTO che non vi siano elementi per ricondurre la fattispecie in esame al perimetro del conflitto di interessi, e alla *ratio* ad esso sottesa, in quanto non risulta che il Consiglio comunale abbia adottato atti di gestione relativamente alla procedura di gara, né risulta (e neppure è stato dedotto) che il consigliere abbia influenzato lo svolgimento della gara;

RILEVATO che l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 36/2023 è limitato a coloro che in qualche modo prendono parte alla procedura alla gara, esercitando poteri funzionali alla selezione del contraente, avuto riguardo all'intero ciclo di vita del contratto, dalla fase di programmazione e progettazione a quella di affidamento ed esecuzione; deve tuttavia trattarsi di esercizio di funzioni amministrative (sebbene intese in senso lato, cioè anche come funzioni di indirizzo, controllo o vigilanza) in grado di influenzare il risultato del procedimento, pregiudicando l'imparzialità e l'indipendenza della stazione appaltante. Il Consiglio comunale è organo di indirizzo politico dell'Ente e non risulta che abbia compiuto atti di gestione con riferimento all'affidamento di cui si discute, né che i suoi componenti abbiano in qualche modo partecipato alla procedura di gara, concorrendo alla nomina dei soggetti preposti all'esercizio di funzioni amministrative (RUP e Seggio di gara), conformemente al principio di separazione tra politica e amministrazione derivante dall'art. 97 Cost. Tale conclusione trova conferma sia nelle Linee guida Anac n. 15 (par. 4.1), che precisano che gli organi di governo delle amministrazioni aggiudicazioni possono rientrare nel perimetro soggettivo dell'allora vigente art. 42 del d.lgs. n. 50/2016 solo se adottano "*atti di gestione*", sia nella giurisprudenza, che ha precisato che "*l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in esame è limitato a coloro che partecipino in qualche modo alla procedura di evidenza pubblica, o effettuando il confronto competitivo tra le offerte, o compiendo atti presupposti, connessi o consequenziali (cfr. di recente TAR Brescia, Sez. I, 12 ottobre 2022 n. 939). Il sindaco ... è organo politico dell'Ente concedente e non risulta abbia compiuto atti di gara né in alcun modo partecipato alla relativa procedura, conformemente al principio di separazione di funzioni e responsabilità tra*



organi elettivi e struttura burocratica degli enti locali fissato dal d. lgs. n. 267/2000: gli atti di gara sono infatti atti di gestione e come tali sono preclusi al sindaco" (TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 19 dicembre 2022, n. 1342; sulla distinzione tra atti di indirizzo politico e di gestione, tra le tante, si veda Cons. Stato, 27 marzo 2023, n. 1775, ove si sottolinea che il "criterio discrezionale tra attività di indirizzo e di gestione degli organi della P.A. è rinvenibile nella estraneità della prima al piano della concreta realizzazione degli interessi pubblici che vengono in rilievo, esaurendosi nella indicazione degli obiettivi da perseguire e delle modalità di azione ritenute congrue a tal fine");

RILEVATO ulteriormente che, nel caso in esame, risulta che la determina a contrarre è stata adottata dal ...*omissis*... del Comune, che la procedura è stata svolta dalla Centrale di committenza ...*omissis*... e che sia il RUP che il Seggio di gara fanno parte dell'apparato amministrativo del Comune. Peraltro, la gara è stata aggiudicata con il criterio del minor prezzo, mediante inversione procedimentale, con esclusione automatica delle offerte e calcolo automatico della soglia di anomalia, e non risulta che il consigliere comunale abbia inciso sugli effetti (pressoché automatici e vincolati) del procedimento selettivo. L'insussistenza di una situazione di conflitto di interessi (analizzata alla luce degli elementi dedotti dal Comune istante) comporta l'insussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 95, comma 1, lett. b) a carico della Società, la quale peraltro va intesa come *extrema ratio*, circoscrivendola ai casi in cui il conflitto non sarebbe "*altrimenti risolvibile*", mentre, nel caso in esame, nell'ipotesi (astratta) di adozione di deliberazioni comunali afferente l'appalto, è previsto l'obbligo di astensione dell'interessato ai sensi dell'art. 78 del TUL, di cui si è detto;

RITENUTO che diverse siano le valutazioni da svolgere con riferimento alla seconda questione rivolta dal Comune istante, relativa alla sussistenza della fattispecie di imputabilità delle offerte ad unico centro decisionale tra alcuni operatori economici, alcuni dei quali legati da rapporti di parentela con la prima classificata, altri mediante legami di altra natura a cagione della provenienza delle offerte dal medesimo indirizzo Id. Al riguardo, il Comune espone che, in sede di apertura delle buste amministrative, è emerso che due operatori economici (la ditta individuale ...*omissis*... e la Società ...*omissis*...) sono legati da vincoli di parentela. Tale circostanza ha indotto il RUP a reperire dalla PAD



gli indirizzi Id dei partecipanti e da tale accertamento è emerso che altre imprese hanno trasmesso le offerte dal medesimo indirizzo Id. In particolare, sarebbero stati individuati due diversi gruppi riconducibili a due diversi Id (il primo "gruppo" formato da *...omissis...* ditta individuale e da *...omissis...*, il secondo "gruppo" formato da *...omissis...* e dalla ditta *...omissis...*);

TENUTO CONTO che dal verbale di gara n. 1 del 24 febbraio 2025 risulta che:

- i tre concorrenti tra cui sussistono legami di parentela (non contestati dalle parti) hanno formulato i seguenti ribassi: la *...omissis...* del 32,116%, la ditta *...omissis...* del 32,292%, la *...omissis...* del 32,233% e che le ultime due ditte sono state escluse per avere superato la soglia di anomalia;
- il primo "gruppo" di offerenti con il medesimo Id hanno formulato, la *...omissis...* ditta individuale, un ribasso del 24,89%, *...omissis...* un ribasso del 28,33%;
- il secondo "gruppo" di concorrenti con il medesimo Id hanno offerto, la *...omissis...*, un ribasso del 32,173% (esclusa per anomalia), la *...omissis...* del 31,975%;

CONSIDERATO che la causa di esclusione di cui all'art. 95, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 36/2023, ha natura non automatica e comporta l'attivazione di un procedimento in contraddittorio tra gli operatori economici sospettati di avere falsato la concorrenza mediante accordi tra loro intercorsi, tali da rendere imputabile ad un unico "centro decisionale" le offerte economiche presentate in sede di gara. La disposizione del nuovo codice (come sottolineato nella Relazione illustrativa del Consiglio di Stato) non fa più riferimento alla situazione di controllo tra imprese ai sensi dell'art. 2359 c.c., ma dà rilievo agli accordi tra partecipanti alla gara quale presupposto dell'unico centro decisionale che ha influenzato il contenuto delle offerte presentate. Inoltre, recependo l'art. 57, par. 4, lett. d) della direttiva 2024/24/UE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGUE, 19 maggio 2009, C-538/07), sono stati qualificati gli elementi probatori di cui la Stazione appaltante deve essere in possesso al fine di valutare la ricorrenza di tale causa di esclusione nel senso di richiedere la sussistenza di "*rilevanti indizi*", considerando che la richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia richiede la valutazione del



concreto impatto, in termini di *"influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate"*, del comportamento degli operatori economici;

CONSIDERATO che, con riferimento ai *"rilevanti indizi"* valutabili dalla Stazione appaltante in quanto sintomatici di accordo tra imprese elusivo della concorrenza, si possono richiamare gli approdi della giurisprudenza anche in vigenza del precedente codice (per una ricostruzione della causa in esame cfr. TAR Piemonte, sez. I, 24 febbraio 2025, n. 435; TAR Lazio, Roma, sez. II, 17 marzo 2025, n. 5447; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 11 aprile 2025, n. 1315). In particolare, tra gli indici sintomatici rientrano: *i/* l'intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici delle imprese concorrenti; la contiguità di sede, le utenze in comune (indici soggettivi), le significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte (indici oggettivi) (*ex multis* TAR Campania, Napoli sez. III, 15 aprile 2024, n. 2504); *ii/* il contestuale versamento del contributo di partecipazione alla gara, documentato dalle rispettive ricevute di versamento e dal contestuale invio delle offerte alla stazione appaltante, comprovato dai timbri di ricezione di quest'ultima e dai numeri immediatamente progressivi ivi apposti da quest'ultima; l'effettuazione del sopralluogo nello stesso giorno da parte dei legali rappresentanti delle imprese (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, n. 5324/2016); *iii/* la predisposizione di buste contenenti offerte identiche; documenti redatti in modo identico; utilizzo degli stessi caratteri formali per la formulazione delle offerte; scarto minimo di prezzo offerto; utilizzo di certificazioni di qualità rilasciate dalla medesima società e ottenute il medesimo giorno; fidejussioni rilasciate dalla medesima banca e autenticate con numero progressivo dello stesso notaio; consegna contemporanea delle offerte ovvero spedizione con lo stesso corriere o dal medesimo ufficio postale (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, n. 169/2017; TAR Toscana, Sez. IV, 9 luglio 2024, n. 849). La giurisprudenza ha precisato che *"è necessario che venga fornita adeguata prova circa il fatto che la situazione di controllo o la relazione comporti l'imputabilità delle offerte a un unico centro decisionale. Al riguardo, ciò che va provato è solo l'unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce ex se elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e*



trasparenza delle offerte. Ne deriva che, sulla stazione appaltante grava il solo compito di individuare gli indici dell'esistenza di un unico centro decisionale e non anche il compito di provare in concreto l'avvenuta alterazione del gioco concorrenziale, ovvero il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l'unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse tra loro" (TAR Lazio, Roma, sez. II, 12 giugno 2023, n. 9987; Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2024, n. 7607);

RITENUTO che, sebbene gli elementi evidenziati dal Comune astrattamente rientrino tra le circostanze valorizzate dalla giurisprudenza come indici presuntivi, spettanti alla Stazione appaltante condurre, in concreto, tale accertamento nell'ambito di un procedimento in contraddittorio con gli operatori economici, ai sensi dell'art. 96, comma 6 del d.lgs. n. 36/2023. Nella conduzione del suddetto accertamento, condotto con adeguato approfondimento istruttorio, andranno applicati i seguenti principi (sottolineati anche dalla Commissione europea, con Comunicazione 2021/C-91/01 sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici): l'amministrazione aggiudicatrice deve evitare di basarsi su presunzioni generiche che possano portare al rifiuto automatico di tali offerte; agli operatori deve essere consentito di dimostrare che le loro offerte sono realmente indipendenti; all'amministrazione giudicatrice spetta stabilire se tali chiarimenti forniscano elementi di prova sufficienti a dimostrare che il collegamento tra gli operatori non ha influenzato la loro condotta nella procedura di aggiudicazione o il contenuto delle rispettive offerte ai sensi dell'art. 57 par. 4 lett. d) della direttiva n. 24/2014/UE, e di decidere se ammettere gli operatori in questione a partecipare alla procedura (in questo senso C.G.A.R.S., 15 gennaio 2025 n. 24). Occorre, inoltre, considerare che la motivazione dell'eventuale esclusione si deve basare su plurimi indizi caratterizzati da gravità, precisione e concordanza, che devono lasciare logicamente inferire che le offerte dei distinti concorrenti siano state conosciute e finanche concordate (TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 luglio 2021, n. 9093; Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2024, n. 7607). Non è tuttavia necessario che la verifica concluda che i legami tra operatori abbiano in concreto influito sull'esito della gara (Cons. Stato, sez. IV, n. 3255/2021), ma *"ai fini dell'esclusione, è necessario che si raggiunga un grado di verosomiglianza della*



sussistenza di unico centro decisionale secondo un criterio probabilistico che poggia sugli elementi del collegamento di carattere societario, commerciale o comunque relazionale" (TAR Lombardia, Milano, n. 1315/2025 cit.);

RITENUTO che, in assenza di tale procedimento in contraddittorio con gli operatori e dell'esercizio del "potere" demandato in via esclusiva alla discrezionalità della Stazione appaltante, l'Autorità non può compiere ulteriori valutazioni, non potendo sostituirsi all'Amministrazione (cfr. TAR Piemonte, sez. I, 25 giugno 2024, n. 785; Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2024, n. 4165);

CONSIDERATO che, con il terzo quesito, il Comune chiede se, in caso di esclusione degli operatori, deve procedere con la rideterminazione della soglia di anomalia oppure con lo scorrimento della graduatoria previsto nell'art. 19 del disciplinare;

RITENUTO che - in disparte da ogni considerazione sulla questione relativa alla modalità di applicazione del principio di invarianza della soglia di anomalia nelle gare con inversione procedimentale (considerato che il TAR Campania, Napoli, con ordinanza del 21 maggio 2024, n. 3280, ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023, in relazione agli artt. 97, 3 e 41 Cost., limitatamente all'inciso *"successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale"*) - nel caso di specie, sia dirimente la disciplina di gara. In particolare, rilevano:

- l'art. 18 del disciplinare di gara, ove si prevede che l'apertura della busta amministrativa riguarderà solo l'operatore classificato al primo posto della graduatoria e che *"Il controllo sull'assenza dei motivi di esclusione, ai sensi dell'art. 94 - 95 e segg. del D.Lgs 36/2023 avverrà successivamente in capo all'affidataria, ed in caso di esito negativo si procederà scorrendo la graduatoria"*;
- l'art. 19 del disciplinare, secondo cui *"In caso di esito negativo delle verifiche sulla prima in graduatoria, si procede all'esclusione, ed alla contestuale segnalazione all'ANAC, oltre che incamerare la garanzia provvisoria. Conseguentemente e per l'effetto, si procede allo scorrimento della graduatoria in applicazione del art. 1 codice (Principio del risultato), aggiudicando la procedura alle condizioni proposte dal nuovo OE"*



Nell'ipotesi di ulteriore esito negativo delle verifiche si procede nei termini sopra detti, scorrendo ulteriormente la graduatoria";

RITENUTO, pertanto, che in caso di eventuale esclusione della società prima classificata (all'esito dell'eventuale procedimento di cui all'art. 95, comma 1, lett. d) del Codice, di cui si è detto in precedenza), la SA sia tenuta a procedere secondo quanto prescritto dagli artt. 18 e 19 del disciplinare di gara (non oggetto di contestazione), al cui rispetto si è auto-vincolata e mediante i quali la SA ha cristallizzato la soglia di anomalia al primo calcolo effettuato dopo l'apertura delle buste economiche, per ragioni di speditezza e celerità della gara. Nel caso in cui si verifichi l'esclusione dell'attuale primo classificato occorrerà, pertanto, rispettare il *modus procedendi* previsto nelle richiamate clausole della *lex specialis* effettuando lo scorrimento della graduatoria (senza ricalcolo della soglia di anomalia) e le successive verifiche nei confronti dell'attuale secondo graduato.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che:

- fermo restando che esula dalle competenze dell'Autorità l'accertamento della causa di incompatibilità di cui all'art. 63, comma 1, n. 2) del TUEL nei confronti di un consigliere comunale, quand'anche fosse ritenuta sussistente una situazione di incompatibilità, il Comune dovrebbe valutare se tale causa è stata superata dall'atto di donazione di quote di s.a.s. e dall'obbligo di astensione del consigliere previsto dall'art. 78 del TUEL;
- alla luce del principio di separazione tra politica e amministrazione di cui all'art. 97 Cost., non rientra nell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 36/2023 il Consiglio comunale e/o i suoi componenti, qualora non abbia e/o abbiano esercitato poteri funzionali alla selezione del contraente né ne abbia e/o abbiano influenzato gli esiti; pertanto, non sussiste il motivo di esclusione di cui all'art. 95, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 36/2023 nei confronti dell'operatore economico (società in accomandita semplice), il cui socio accomandante è risultato essere consigliere comunale del medesimo Ente, qualora quest'ultimo non abbia compiuto atti gestori e non sia titolare di compiti funzionali idonei ad influenzare l'esito della gara;



- è rimessa alla valutazione della Stazione appaltante l'attenta valutazione della riconducibilità delle offerte presentate da diversi operatori economici ad un unico centro decisionale, di cui all'art. 95, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 36/2023, sulla base delle coordinate ermeneutiche sopra tracciate; tale valutazione dovrà essere condotta nell'ambito di un procedimento in contraddittorio con gli operatori economici interessati dal presunto accordo;
- in caso di eventuale esclusione dalla gara dell'operatore primo classificato, la Stazione appaltante è tenuta a procedere secondo quanto prescritto dagli artt. 18 e 19 del disciplinare di gara, mediante scorrimento della graduatoria, senza ricalcolare la soglia di anomalia.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 giugno 2025

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente