



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 16 e art. 95, comma 1, lett. b) del d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0110-2024-FC

FUNZ CONS 42/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 16 maggio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 56393, e successiva integrazione pervenuta in data 16 luglio 2024, prot.n. 63601, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza dell'11 settembre 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata la richiedente, in qualità di soggetto attuatore/beneficiario di finanziamenti del PNRR e di stazione appaltante ai sensi dell'art. 9 del d.l.77/2021, per l'affidamento dei lavori previsti nel progetto ammesso a finanziamento, ha comunicato all'Autorità che all'esito della procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. c), del D.lgs. 36/2023 e dei rituali controlli in ordine all'impresa risultata aggiudicataria, è emerso che il direttore tecnico della stessa, quale risulta dall'attestato SOA prodotto in gara, coincide con uno dei componenti dell'ATI aggiudicataria dell'appalto di progettazione e direzione dei lavori oggetto di affidamento.

Per quanto sopra, l'istante ha chiesto all'Autorità di chiarire (i) se possa configurarsi nella fattispecie un conflitto di interessi ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 36/2023, tale da condurre all'esclusione del concorrente dalla gara; (ii) se, in caso di esclusione, la procedura negoziata possa dirsi correttamente espletata, tenuto conto che all'esito dell'eventuale estromissione del concorrente *de quo*, resterebbero in gara solo quattro operatori economici e non più cinque, come previsto dall'art. 50, comma 1, lett. c) del Codice; (iii) se a seguito della predetta esclusione, la SA possa affidare il contratto al secondo classificato o se sia obbligatorio procedere alla riedizione della gara, previo annullamento in autotutela di tale procedura.

La questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità riguarda quindi il caso in cui vi sia coincidenza tra il direttore tecnico dell'impresa affidataria dei lavori ed uno dei componenti dell'ATI aggiudicataria dell'appalto di progettazione e direzione dei lavori oggetto di affidamento.

Situazione che, nella vigenza del d.lgs. 50/2016, era espressamente disciplinata dall'art. 24, comma 7, a tenore del quale "...gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione".

La norma, letta congiuntamente all'art. 42 dello stesso d.lgs. 50/2016, era «espressione di un principio generale in forza del quale ai concorrenti ad una procedura di scelta del contraente da parte della Pubblica Amministrazione deve essere riconosciuta un'omogenea posizione, ex se implicante la più rigorosa parità di trattamento, dovendo comunque essere valutato se lo svolgimento di pregressi affidamenti presso la stessa stazione appaltante possa aver creato, per taluno dei concorrenti stessi, degli speciali vantaggi incompatibili con i principi – propri non soltanto dell'ordinamento italiano, ma anche di quello comunitario – di libera concorrenza e di parità di trattamento». Inoltre la ratio della stessa «va individuata nell'esigenza di garantire che il progettista si collochi in posizione di imparzialità rispetto all'appaltatore esecutore dei lavori, potendo svolgere una funzione sostanziale di ausilio alla P. A. nella verifica di conformità tra il progetto e i lavori realizzati. Se le posizioni di progettista e di appaltatore-esecutore dei lavori coincidessero vi sarebbe il rischio di vedere attenuata la valenza pubblicistica della progettazione, con la possibilità di elaborare un "progetto su misura" per una impresa alla quale l'autore della progettazione sia legato, così agevolando tale impresa nell'aggiudicazione dell'appalto» (in tal senso Consiglio di Stato n. 2853/2018).

Le previsioni dell'art. 24, comma 7 del previgente Codice, non sono state riprodotte nel d.lgs. 36/2023, nel quale le situazioni di conflitto di interesse hanno trovato una regolamentazione unitaria nell'art. 16 che (secondo la Relazione Illustrativa del Codice), semplifica la disciplina in materia ed elimina "*norme presenti in altra parte dell'ordinamento (ad esempio, nel piano anticorruzione, o nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici – d.P.R. n. 62 del 2013) evitando confusioni e sovrapposizioni*".

Dispone quindi il citato art. 16 che «1. 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». Il comma 2 aggiunge che «In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro». Infine, i commi 3 e 4 dispongono a loro volta che «Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 1 ne dà comunicazione alla stazione appaltante o all'ente concedente e si astiene dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione. 4. Le stazioni appaltanti adottano misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e delle concessioni e vigilano affinché gli adempimenti di cui al comma 3 siano rispettati».

Occorre richiamare anche l'art. 95 (*cause di esclusione non automatica*), comma 1, del Codice, ai sensi del quale la stazione appaltante «*esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: [...] b) che la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse di cui all'articolo 16 non diversamente risolvibile*».

L'art. 16 del Codice «recepisce la nozione eurounitaria di conflitto di interessi che viene, tuttavia, riformulata e semplificata, anche al fine di evitare inutili ridondanze». Inoltre, «la norma in esame specifica che il conflitto di interessi può riguardare qualsiasi soggetto, anche non formalmente lavoratore dipendente della stazione appaltante o dell'ente concedente, che interviene nella procedura di aggiudicazione e di esecuzione con compiti funzionali (che implicino esercizio della funzione amministrativa, con esclusioni di mansioni meramente materiale o d'ordine) e che, pertanto, sia in grado di influenzarne il risultato». In tale ambito si precisa che «un conflitto di interessi si determina le volte in cui a un soggetto sia affidata la funzione di cura di un interesse altrui (così detto interesse funzionalizzato) ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare (de iure vel de facto) di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell'interesse funzionalizzato. Il conflitto di interessi non consiste quindi in comportamenti dannosi per l'interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno. L'essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione sono due aspetti distinti» (Relazione Illustrativa del Codice).

La disposizione dell'art. 16 citato, come sottolineato dal giudice amministrativo, ha codificato le acquisizioni giurisprudenziali in materia di conflitto di interessi formatesi nella vigenza del d.lgs. 50/2016, secondo le quali «...l'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, sul versante soggettivo, va interpretato in senso ampio, nel senso che il riferimento alla nozione di "personale della stazione appaltante" (le cui vicende soggettive rilevano ai fini dell'applicazione della normativa in tema di conflitto di interesse) non resti limitato ai soli soggetti che intrattengono con l'amministrazione rapporti di lavoro dipendente. Al contrario, tale nozione va riferita (e in modo più ampio) a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di validamente impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna. (Consiglio di Stato Sez. V, 11/07/2017, n. 3415)» (Consiglio di Stato n. 9850/2023).

In coerenza con tale indirizzo, l'art. 16 del nuovo Codice, chiarisce quindi – con disposizione di ampia portata – che la nozione di conflitto di interessi riguarda *tutti* i soggetti che *"a qualsiasi titolo"*, intervengono con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni, potendone influenzare, *"in qualsiasi modo"*, il risultato, gli esiti e la gestione e che hanno *"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*.

La norma – come può evincersi dal suo tenore letterale – intende quindi includere nel suo campo di applicazione, ogni situazione di conflitto di interesse che possa minare il trasparente, corretto e imparziale svolgimento della gara, confermando inoltre l'operatività delle sue previsioni anche nella fase esecutiva del contratto pubblico.

Ciò in quanto 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)» (Parere Prec142/2022).

Per quanto sopra, dunque, l'interesse in conflitto del funzionario/agente per conto della PA «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» e può realizzarsi «in danno della stazione appaltante oppure a vantaggio dell'agente o di un terzo senza compromissione dell'interesse pubblico» (linee guida cit., par. 2.4). Il configurarsi del conflitto di interessi richiede verifiche in concreto e sulla base di prove specifiche, pertanto, l'eventuale esclusione da una gara d'appalto di un operatore economico che versi nella condizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. d) del Codice [*oggi art. 95, comma 1, lett. b) del d.lgs. 36/2023*], non è automatica, ma deve essere pronunciata all'esito di una valutazione della stazione appaltante in ordine alla situazione concreta» (parere Funz Cons. 52/2023; Funz Cons 61/2023).

La disciplina dell'esclusione, per le ipotesi oggi contemplate nell'art. 95 del d.lgs. 36/2023, tra le quali quella riferibile al conflitto di interesse (comma 1, lett. b) è (in particolare) contenuta nelle previsioni dell'art. 96 del nuovo Codice (cui si rinvia).

Ai fini delle valutazioni sopra indicate, e con specifico riferimento al quesito posto, sembra utile osservare che secondo l'Autorità «affinché possa dirsi esistente il rischio di un conflitto d'interessi è sufficiente il carattere anche solo potenziale della *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 considerarsi il conseguente indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio (cfr. delibera Anac n. 1014 del 25 novembre 2020)» (parere PREC 339/2023).

In tale nozione ampia del conflitto di interessi, come oggi codificata dall'art. 16 del d.lgs. 36/2023, può rientrare il caso in cui vi sia coincidenza tra uno dei componenti dell'RTP aggiudicatario della progettazione/direzione lavori e il direttore tecnico dell'impresa affidataria di questi ultimi, alla luce della potenziale *asimmetria informativa* di cui abbia potuto godere tale impresa grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri concorrenti per il tramite dell'affidatario dell'incarico tecnico, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio.

Del resto già in relazione al previgente d.lgs. 50/2016, il giudice amministrativo aveva osservato che «nella previsione normativa [art. 42] certamente rientra il progettista esterno incaricato dalla stazione appaltante della redazione del progetto posto a base di gara il quale -per le più varie ragioni- abbia un interesse personale all'aggiudicazione in favore di un determinato operatore economico e sia in grado di condizionare tale aggiudicazione. Per questo aspetto, è indubitabile il collegamento tra la norma in commento e l'art. 24, comma 7 (...)» (Consiglio di Stato n. 2853/2018 e TAR Umbria n. 407/2023).

La finalità sottesa al previgente art. 24, comma 7, del d.lgs. 50/2016 (disposizione strettamente collegata all'art. 42 dello stesso Codice), ancorché la norma non sia stata riprodotta nel d.lgs. 36/2023, quindi, deve ritenersi ancora perseguita dal legislatore, mediante le specifiche disposizioni dell'art. 16 del d.lgs. 36/2023, volte – come visto – a garantire il contrasto di ogni ipotesi di conflitto di interesse, mediante un concetto estremamente ampio dello stesso, sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo di applicazione della norma.

Pertanto, considerato quanto sopra, in risposta al quesito sottoposto all'attenzione dell'Autorità, la valutazione della specifica fattispecie di conflitto di interessi ai sensi dell'art. 16 del

d.lgs. 36/2023 è rimessa all'esclusiva competenza della stazione appaltante, alla quale spetta – secondo il comma 4 della disposizione citata – l'adozione di tutte le misure necessarie ad evitare le situazioni di conflitto d'interesse e valutare la situazione concreta sulla base di prove specifiche.

Si osserva, infine, sinteticamente sugli ulteriori quesiti posti, che ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. c) del d.lgs.36/2023 le stazioni appaltanti possono affidare contratti pubblici di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, mediante "*procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici*".

La norma si riferisce al numero di operatori economici individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici e consultati, quindi invitati a presentare offerta.

Ove all'esito della procedura di aggiudicazione, sussista l'esigenza di procedere all'esclusione di taluno di tali operatori economici, la procedura negoziata deve ritenersi comunque correttamente espletata e non inficiata dalla riduzione del numero dei concorrenti partecipanti.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, ha avuto modo di precisare che il numero di cinque operatori previsto dalla norma, sia riferibile esclusivamente alle imprese cui la stazione appaltante deve rivolgere l'invito e non anche a quelle che in concreto presentano l'offerta (TAR Bolzano, n. 380/2023). Del resto «non potrebbe essere diversamente, giacché, una volta ricevuto l'invito, la scelta di presentare o meno l'offerta è rimessa a una scelta autonoma dell'impresa invitata, per cui non avrebbe alcun senso riferire il numero minimo di cinque alle imprese che presentano concretamente offerta, trattandosi di un aspetto sul quale la stazione appaltante non alcuna possibilità di incidere» (TAR Cagliari, n. 103/2022; entrambe le decisioni sono riferite all'art. 36, del d.lgs. 50/2016 esprimendo principi validi anche in relazione all'art. 50 del d.lgs. 36/2023).

Infine, l'eventuale riedizione della procedura di gara, previo annullamento in autotutela della gara in corso, è una decisione rimessa all'esclusiva competenza e responsabilità della stazione appaltante. Infatti, «ogni intervento qualificabile lato sensu in termini di autotutela fuoriesce dagli ambiti di esame dell'Autorità, rientrando nel campo della piena discrezionalità della stazione appaltante. In proposito, come più volte sottolineato dall'Autorità (cfr. ex multis Delibera n.95 del 19/05/2011; Delibera n. 19 del 12/02/2009), va ribadito che la valutazione in ordine al possibile annullamento in autotutela di una procedura di gara ovvero alla revoca della stessa rientra nella esclusiva potestà discrezionale della stazione appaltante, la quale è titolare del potere di rivalutare le situazioni di fatto e di diritto poste alla base del provvedimento amministrativo adottato, in presenza di concrete e motivate ragioni di interesse pubblico e dei presupposti codificati dall'art. 21-*quinquies* e dall'art. 21-*nonies* della L. n. 241/90 relativi, rispettivamente, alla revoca e all'annullamento d'ufficio. Detta potestà, come noto, trova fondamento nei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. e, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, è esercitabile dalla stazione appaltante anche dopo la conclusione della procedura di scelta del contraente e dopo che l'aggiudicazione abbia acquisito efficacia (...)"» (delibera Anac n. 929/2019-prec 141/2019/L)» (*ex multis* parere Funz Cons 22/2022, Prec 929/2019, delibera n. 295/2024).

Dalle considerazioni che precedono appare evidente che l'esercizio del potere di autotutela, sulla base delle chiare disposizioni della l. 241/1990 e dei principi dettati in materia dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, è rimesso al prudente apprezzamento dell'Amministrazione interessata la quale, sola, può valutare la sussistenza delle ragioni di pubblico interesse che giustificano la rimozione dell'atto viziato (parere Funz Cons 22/2022).

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente