



DELIBERA N. 647

22 settembre 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 presentata da [OMISSIS]– Procedura aperta per l'affidamento dei lavori del progetto: "Sistemazione idro-geologica degli argini del torrente Valloncello in Agro del Comune di Amendolara (CS)" - CIG 8261060A5D - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 2.283.838,85 euro –S.A.: [OMISSIS]

PREC 169/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 24, comma 7, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 42, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 80, comma 5, lettera d) ed e), d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Conflitto di interessi

Massima

L'articolo 24, comma 7, è espressione di un principio generale per il quale ai concorrenti di una procedura di gara deve essere riconosciuta un'omogenea posizione, implicante *ex se* la più rigorosa parità di trattamento, dovendo essere valutato in ogni caso 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 di libera concorrenza e di parità di trattamento. Le ipotesi di cui all'articolo 42, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 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 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.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 22 settembre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 51230 del 30 giugno 2021, presentata dal [OMISSIS], relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;



CONSIDERATO che l'istante amministrazione rappresentava che in sede di verifiche dei requisiti generali veniva rilevato che «*il legale rappresentante della impresa provvisoriamente aggiudicataria dei lavori, [OMISSIS] è il geologo che ha redatto e sottoscritto la relazione geologica del progetto posto a base di gara, giusta deliberazione di incarico n. 302\2018; la socia di maggioranza (per l'87,5%) della impresa suddetta, [OMISSIS] srl, è coniugata col legale rappresentante della [OMISSIS], società, quest'ultima, che si è occupata, per la stazione appaltante (deliberazione n. 302\2018), della revisione tecnico contabile del progetto definitivo ed esecutivo a base di gara.; tale società di professionisti, [OMISSIS], ha partecipato -quale unica concorrente- alla gara servizi di ingegneria, bandita dalla stazione appaltante per la direzione lavori e coordinatore della sicurezza in fase esecutiva, relativamente ai medesimi lavori di cui alla presente istanza. In quella gara, la [OMISSIS] ha indicato direttore dei lavori, un professionista che ancorché socio della medesima società, è persona fisica diversa rispetto al coniuge -LR della [OMISSIS]- della socia di maggioranza della [OMISSIS] srl» e, con riferimento a tali circostanze, richiedeva un parere in merito alla configurabilità dell'ipotesi di divieto di cui all'articolo 24, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016 e della fattispecie di conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 42, del d.lgs. n. 50/2016;*

VISTA la disciplina di gara e la relativa documentazione;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 22 luglio 2021, con nota prot. 57185;

VISTA la documentazione in atti e le memorie depositate dalle parti;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto in considerazione del potenziale conflitto di interessi rilevato in capo all'aggiudicatario;

VISTO il contenuto dispositivo dell'articolo 24, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 59, comma 1, quarto periodo, 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. Ai medesimi appalti, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti. Tali divieti non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori»;

VISTO quanto disposto dall'articolo 42 del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui: «1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. 2. Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o



indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere per[OMISSIS]ito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62. 3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico. 4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici. 5. La stazione appaltante vigila affinché gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati»;

VISTO quanto sancito all'articolo 80, comma 5, lettera d) ed e) secondo cui: «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile»; e) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive;

TENUTO CONTO che nelle Linee guida ANAC n. 15, recanti «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», approvate con delibera n. 494 del 5 giugno 2019, è stato chiarito che il conflitto di interesse individuato all'articolo 42 è la situazione in cui la sussistenza di un interesse personale in capo ad un soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito è potenzialmente idonea a minare l'imparzialità e l'indipendenza della stazione appaltante nella procedura di gara. In altre parole, l'interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico, si ha quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico, precisando altresì che il rischio che si intende evitare può essere soltanto potenziale e va valutato ex ante rispetto all'azione amministrativa;

RILEVATO altresì che le stesse Linee guida definiscono l'ambito soggettivo di applicazione, specificando che l'articolo 42, nell'offrire una definizione di conflitto di interesse riferita al «personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi», si riferisce a dipendenti in senso stretto, ossia dei lavoratori subordinati dei soggetti giuridici ivi richiamati e di tutti coloro che, in base ad un valido titolo giuridico, legislativo o contrattuale, siano in grado di impegnare l'ente nei confronti dei terzi o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna. La disposizione si applica nel caso di sussistenza di un interesse personale in capo ad un soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante, che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito, è potenzialmente idonea a minare l'imparzialità e l'indipendenza della stazione appaltante nella procedura di gara. In altre parole, tale situazione si verifica quando decisioni che richiedono imparzialità di giudizio sono adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico. Come specificato nella Relazione illustrativa, l'interesse personale dell'agente deve essere tale da comportare la sussistenza di gravi ragioni di convenienza all'astensione. (Cfr., in tal senso anche ANAC, delibera n. 132 del 17 febbraio 2021);



CONSIDERATO che, relativamente all'articolo 24, comma 7, la giurisprudenza amministrativa, in particolare il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza del 14 maggio 2018 n. 2853 ha sancito che la norma, che riproduce le incompatibilità previste dall'articolo 90, comma 8 e 8 bis, del d.lgs. n. 163/2006, è espressione di un principio generale per il quale ai concorrenti di una procedura di gara deve essere riconosciuta un'omogenea posizione, implicante *ex se* la più rigorosa parità di trattamento, dovendo essere valutato in ogni caso 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 di libera concorrenza e di parità di trattamento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 maggio 2018, n. 2853);

RILEVATO che la giurisprudenza amministrativa ha altresì chiarito che la *ratio* della disciplina di cui all'articolo 24, comma 7, consta 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 stazione appaltante 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 (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 maggio 2018, n. 2853, sentenza 21 giugno 2012, n. 3656; sentenza 2 dicembre 2015, n. 5454)»;

CONSIDERATO che con riferimento all'articolo 42 del d.lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che tale disposizione, nel recepire gli articoli 24 della direttiva 2014/24/UE, 42 della direttiva 2014/25/UE e 35 della direttiva 2014/23/UE, è espressione della volontà di creare meccanismi di prevenzione dei fenomeni corruttivi anche mediante l'individuazione e la regolazione delle situazioni di conflitto di interessi (cfr. Corte Giustizia UE, 12 marzo 2015, C- 538/131; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 maggio 2018, n. 2853) ed 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'articolo 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);

RILEVATO altresì che, sempre con riferimento all'articolo 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). Il conflitto di interessi si ricava, allora, in via presuntiva da due elementi indiziari quali a) l'esistenza di un interesse personale del funzionario; b) il ruolo che questi riveste nella procedura di gara tale da consentire di intervenire o di influenzare il risultato, per le informazioni privilegiate che ha a disposizione e può trasferire all'impresa concorrente così ponendola in condizione di vantaggio sugli altri concorrenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 12 settembre 2019, n. 6150, nonché Consiglio di Stato parere 5 marzo 2019, n. 667). Rispetto a tali elementi indiziari posti a base del ragionamento presuntivo la



stazione appaltante non è tenuta a provare il reale possesso dell'informazioni privilegiate da parte del funzionario, né che le informazioni siano, poi, state effettivamente trasferite alla consociata in affari, essendo l'onere probatorio in capo all'impresa: accertata la sussistenza di uno degli elementi indiziari da parte dell'amministrazione è onere del concorrente dimostrare che non vi è stata violazione del principio delle pari opportunità nella formulazione dei termini delle offerte per tutti gli offerenti né si è determinato alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 maggio 2020, n. 3048);

CONSIDERATO altresì che la medesima giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito l'esistenza di un indubitabile collegamento tra l'articolo 42 e l'articolo 24, comma 7, specificando che «nella previsione normativa 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». Infatti, in considerazione della fattispecie di cui all'articolo 42 che richiama la possibilità di influenzare, in qualsiasi modo, il risultato della procedura, può ritenersi che «l'ampia portata della norma consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che, anche senza averne titolo, e con qualsiasi modalità, e non necessariamente per conto della stazione appaltante, senza intervenire nella procedura, ma, anche dall'esterno, siano in grado di influenzarne il risultato. Quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara da assicurare (non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche) attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415). Peraltro, quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'articolo 80, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016 prevede, come *extrema ratio*, che sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto. Il quarto comma dell'articolo 42, infine, impone alla stazione appaltante un obbligo di vigilanza, sia in fase di aggiudicazione che in fase di esecuzione, specificamente in riferimento al rispetto dell'obbligo di astensione, ma è da ritenere che esso si estenda a tutte le possibili misure che possano ancora essere prese per prevenire o porre rimedio al conflitto» (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 maggio 2018, n. 2853);

CONSIDERATO che la stessa Autorità ha avuto modo di chiarire che le ipotesi di cui all'articolo 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 (ad esempio, il RUP ed i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, esecuzione contratto e collaudi) 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);

RILEVATO che la linea interpretativa sopra descritta di così ampia portata persegue la finalità di evitare il verificarsi di agevoli meccanismi elusivi ai divieti di cui all'articolo 24, comma 7 e che, proprio con specifico riferimento all'articolo 24, comma 7, occorre in ogni caso tenere in considerazione la disposizione di cui al penultimo periodo che consente al soggetto che si trovi in una situazione che potrebbe astrattamente dare luogo ad incompatibilità di fornire la prova contraria, dimostrando che l'esperienza acquisita



nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio e falsare la concorrenza con gli altri operatori;

RITENUTO che sulla base della ricostruzione giuridica sopra richiamata nel caso di specie le circostanze di fatto rappresentate dall'amministrazione appaiono costituire profili di potenziale conflitto di interessi esistente in capo al concorrente aggiudicatario;

RITENUTO che spetta pertanto all'amministrazione verificare la riconducibilità di tali circostanze e degli elementi di fatto, dalla stessa evinti sia in sede di gara sia di verifica dei requisiti, alle fattispecie normative di cui agli articoli 24, comma 7 e 42 del d.lgs. n. 50/2016, nell'ambito dei poteri alla stessa attribuiti dall'ordinamento e dei criteri ermeneutici sopra richiamati;

RITENUTO altresì che laddove tale verifica abbia esito positivo, in considerazione delle linee interpretative sopra ricostruite, è necessario in ogni caso che l'amministrazione, prima di procedere alla relativa esclusione o all'annullamento dell'aggiudicazione disposta, consenta all'operatore economico che si trovi in una situazione di potenziale conflitto di fornire la prova contraria dimostrando che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio in grado di falsare la concorrenza con gli altri operatori;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che la valutazione del possibile conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 24, comma 7 e dell'articolo 42 del d.lgs. n. 50/2016 spetti alla stazione appaltante in considerazione delle linee interpretative fornite e che la stessa, sulla base delle verifiche effettuate, qualora ritenga sussistente un potenziale conflitto di interessi, ne ammetta la relativa prova contraria prima di procedere all'esclusione del concorrente e alla revoca dell'aggiudicazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 settembre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

(atto firmato digitalmente)