



DELIBERA N. 881

28 ottobre 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Captrain Italia S.r.l. – Procedura aperta "Concessione per l'esercizio del servizio di interesse generale di gestore unico del comprensorio ferroviario "Nodo La Spezia", compreso il relativo servizio di manovra in ambito portuale e i collegamenti con le stazioni di Marittima, Migliarina e Santo Stefano di Magra - Importo a base di gara: euro 40.000.000,00 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Orientale

PREC 197/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 77, comma 6, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 42 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Conflitto di interessi - Commissario di gara - Pregresso ruolo di amministratore delegato dell'impresa concorrente – Lasso temporale significativo – Insussistenza di un interesse attuale e concreto

Massima

Perché possa configurarsi un conflitto di interessi, fatte salve le situazioni tipizzate, è necessario che si sia alla 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.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 ottobre 2020

DELIBERA



Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 71842 del 30 settembre 2020, con la quale Captrain Italia S.r.l., seconda classificata nella gara in epigrafe, ha chiesto all'Autorità di valutare se sussista in capo ad uno dei componenti della commissione giudicatrice, il dott. Mario Castaldo, una delle cause di incompatibilità di cui agli art. 77 e 42 del d.lgs. n. 50/2016 e se, una volta appurata la sussistenza di detta causa, il provvedimento di aggiudicazione della gara al R.T.I. Mercitalia Shunting & Terminal S.r.l.–La Spezia Shunting Railways S.p.A., appartenente al Polo Mercitalia del gruppo Ferrovie dello Stato, e il successivo contratto, siano da ritenersi illegittimi;

Visto, in particolare, quanto rappresentato dall'istante circa il *curriculum* del dott. Castaldo, il quale, dal 1979, avrebbe ricoperto vari incarichi di dirigente all'interno del gruppo Ferrovie dello Stato. Tra questi, il dott. Castaldo sarebbe stato amministratore delegato di Serfer, società controllata al 100% da Trenitalia, poi trasformata nell'attuale Mercitalia Shunting & Terminal S.r.l. (anche detta MIST), e di Cargo Chemical, oggi Business Unit della società FS Logistica. Inoltre, il dott. Castaldo risulta coinvolto in un fatto di cronaca di rilevanza nazionale (incidente ferroviario alla stazione di Viareggio del giugno 2009), che ne avvalorerebbe la posizione di incompatibilità anche ai sensi dell'art. 51 c.p.c.. Secondo la ricostruzione dell'istante, «*la presenza di un soggetto legato da significativi vincoli lavorativi a più di una società concorrente fa sì che l'attività dell'intera commissione debba essere considerata (almeno potenzialmente) compromessa*»;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 5 ottobre 2020 con nota prot. n. 73014;

Viste le memorie e la documentazione di gara prodotte dalle parti;

Viste preliminarmente le eccezioni sollevate avverso l'ammissibilità dell'istanza: *(i)* dall'aggiudicataria, secondo la quale il modulo dell'istanza non risulterebbe firmato digitalmente dal richiedente e non vi sarebbe evidenza della procura ai difensori firmatari della memoria integrativa; *(ii)* dalla stazione appaltante, secondo la quale l'istanza sarebbe tardiva ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), Regolamento Precontenzioso, in quanto diretta a far valere l'illegittimità di un atto - la nomina della commissione di gara risalente al 30 giugno 2020 - rispetto al quale sarebbero già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale. I medesimi termini sarebbero comunque decorsi, secondo la stazione appaltante, anche nei confronti dell'aggiudicazione deliberata in data 17 agosto 2020 e in pari data comunicata via PEC alle due imprese partecipanti;

Ritenuto che l'istanza è ammissibile, poiché il modulo informatico recante i quesiti presentato all'Autorità risulta firmato da Mauro Pessano (Amministratore Delegato di Captrain Italia S.r.l.) con firma digitale verificata e l'istanza è tempestiva, poiché volta a fare valere l'illegittimità di un atto (la nomina della commissione di gara) che secondo la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato non è autonomamente impugnabile, in quanto non produttivo di un effetto lesivo immediato, ma contestabile solo all'esito della gara, quando diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (Consiglio di Stato, 16 aprile 2018, n. 2241; Consiglio di Stato, 11 maggio 2018, n. 2835; Consiglio di Stato, 9 gennaio 2019, n. 193). A sua volta, nel caso in esame, il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, comunicato ai sensi dell'art. 75, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 in data 17 agosto 2020, in ragione della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale dal 1° al 31 agosto, risulta decorrere dal 1° settembre 2020, con conseguente salvezza dell'istanza presentata in data 30 settembre;

Viste le precisazioni fornite dalla stazione appaltante, anche avvalendosi di un contributo del dott. Castaldo, in ordine al *curriculum* contestato, dalle quali emerge che il commissario è collocato in quiescenza dal 1° gennaio 2019; che è stato amministratore delegato di Serfer per quasi un anno (12 dicembre 2007/31



ottobre 2008), tredici anni fa, quando Serfer era controllata da Trenitalia S.p.A.; che Serfer ha successivamente mutato denominazione (l'attuale Mercitalia Shunting & Terminal S.r.l.- MIST) e oggetto sociale ed è passata a fare parte del polo Mercitalia Logistic; che prima di allora è stato amministratore delegato della società Cargo Chemical, poi confluita in FS Logistica e che non esiste più da almeno cinque anni; che successivamente è passato al settore Infrastrutture, a R.F.I, e che, dal 6 aprile 2016 al 8 ottobre 2018, è stato amministratore delegato della società Terminali Italia (controllata al 100% da R.F.I.), che gestisce i terminali intermodali pubblici di proprietà di R.F.I.;

Visto quanto rappresentato dall'aggiudicataria circa la non riconducibilità della posizione del dott. Castaldo ad alcuna delle ipotesi di conflitto di interesse di cui agli art. 77 e 42 del d.lgs. n. 50/2016, nonché l'assenza delle necessarie "prove specifiche" dell'esistenza di un conflitto di interessi, anche solo potenziale, facente capo al commissario di gara;

Viste le cause di incompatibilità, astensione, esclusione alla nomina di commissario di gara previste dall'art. 77, commi 4, 5 e 6 del d.lgs. n. 50/2016 e, in particolare, l'ipotesi del conflitto di interesse come definita dall'art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 («*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 percepito 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, n. 62*»);

Considerate evidentemente non applicabili al caso in esame le ipotesi di cui al comma 4 (avere svolto o svolgere un'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta) e 5 (avere ricoperto nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, cariche di pubblico amministratore - componente di organo amministrativo, incarichi amministrativi di vertice - presso le Amministrazioni che intendono affidare il contratto) dell'art. 77;

Considerata non integrata l'ipotesi, prevista dal comma 7 dell'art. 77 attraverso il richiamo all'art. 35-bis del d.lgs. n. 165/2001, di condanna, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale (Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, artt. 314- 335-bis);

Vista la nozione di conflitto di interesse fissata dal legislatore nell'ambito dell'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016, nonché 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), ove viene chiarito che sussiste una situazione di conflitto di interesse in capo ad un soggetto operante in nome e per conto della stazione appaltante quando vi è, anche solo allo stadio potenziale, "*interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico*", in particolare, "*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. Tale interesse deve essere tale da comportare la sussistenza di gravi ragioni di convenienza all'astensione, tra le quali va considerata il potenziale danno all'immagine di imparzialità dell'amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni*";



Considerato che 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 il commissario 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);

Considerato altresì che, come chiarito dal Consiglio di Stato nel parere n. 667 del 5 marzo 2019 sulle richiamate Linee guida n. 15/2019, perché possa configurarsi un conflitto di interessi, fatte salve le situazioni tipizzate, elencate nell'art. 51 c.p.c. (richiamato dall'art. 77, comma 6) e dall'art. 7 del d.P.R. n. 62/2013 (richiamato dall'art. 42, comma 2), è comunque necessario che si sia alla 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. Ciò anche indipendentemente dall'effettivo concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può ingenerare (Consiglio di Stato, 5 agosto 2020, n. 5151);

Ritenuto che, nel caso in esame, ciò che pare difettare è proprio l'interesse, di natura personale od economica, anche indiretto, in capo al dott. Castaldo, potenzialmente confliggente con quello dell'Amministrazione. Non è stata infatti documentata nei suoi confronti nessuna posizione attuale riconducibile a quelle tipiche previste dai richiamati art. 51 c.p.c. e art. 7 d.P.R. n. 62/2013. Inoltre, l'attività professionale pregressa svolta all'interno del gruppo Ferrovie dello Stato non pare di per sé sufficiente a fare conseguire al dott. Castaldo la titolarità di una posizione soggettiva differenziata, e quindi di un interesse concreto e specifico, che possa trovare soddisfacimento nell'aggiudicazione della gara a MIST. Anche il pregresso ruolo di amministratore delegato di Serfer, in assenza della dimostrazione di perduranti legami professionali o anche amicali, non pare idoneo a integrare la fattispecie dell'art. 42, sia perché la società ha nel frattempo subito una serie di trasformazioni (oggetto sociale e controllo societario) sia perché molto risalente nel tempo (tredici anni). Al riguardo, si ritiene di potere ragionevolmente escludere che il rapporto pregresso di amministratore delegato di Serfer possa "risorgere" (cfr. Parere del Consiglio di Stato, cit.), evolvendo in un potenziale conflitto di interessi. Inoltre, si ritiene vada considerato che la disciplina dettata dal d.lgs. n. 39/2013 per prevenire situazioni che non garantiscono l'esercizio imparziale di funzioni pubbliche, ha limitato l'inconferibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni a chi sia stato titolare di cariche politiche o di altri incarichi, ad un lasso temporale definito, cosiddetto periodo di "raffreddamento", oscillante tra uno e cinque anni a seconda della fattispecie, ritenuto sufficiente a garantire la condizione di imparzialità all'incarico. Si può trarre che, similmente, a meno che non vengano documentati rapporti, professionali o amicali, con l'attuale compagine societaria, il decorso di un lasso temporale significativo, come quello in esame, stemperi fino ad annullare, anche ai fini della configurabilità del conflitto di interessi, gli effetti di una pregressa posizione professionale;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono:



- limitatamente alla questione esaminata, conforme alla normativa di settore la nomina del dott. Mario Castaldo a componente della commissione giudicatrice.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 novembre 2020

Per il Segretari Maria Esposito

Rosetta Greco

(firmata digitalmente)