

20 dicembre 2007

AG 17-07

Oggetto : partecipazione alle gare indette dalla ALER Milano da parte di soggetti dalla stessa partecipati - istanza di parere.

Con riferimento alla questione in oggetto, in esito a quanto richiesto con nota pervenuta a questa Autorità in data 21 settembre 2007, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 19-20 dicembre 2007 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di rendere un parere coerente con il vigente quadro normativo occorre preliminarmente inquadrare correttamente la fattispecie prospettata.

Le Aler, costituite a seguito della trasformazione degli Istituti Autonomi Case Popolari (I.A.C.P.) della Regione Lombardia con legge regionale n. 13/1996, "hanno il compito di soddisfare il fabbisogno di edilizia residenziale pubblica, nel quadro della programmazione regionale, provinciale e comunale, anche mediante la realizzazione di attività imprenditoriali, purché prevalentemente finalizzate a tale funzione sociale" (art.5, comma 1, L.R. 13/1996). Come correttamente indicato nella citata nota, in forza delle esigenze di interesse generale che sono chiamate a soddisfare, essendo dotate di personalità giuridica (art. 4, comma 2, L.R. 13/1996) ed essendo l'organo amministrativo interamente designato da enti pubblici territoriali (art. 8, comma 1, L.R. 13/1996), le Aler si qualificano come organismi di diritto pubblico e, in quanto tali, sono soggette al rispetto della normativa in materia di appalti pubblici.

La partecipazione delle Aler, previa autorizzazione della Giunta Regionale, a società per azioni a capitale pubblico o privato che abbiano come oggetto sociale attività inerenti all'edilizia è espressamente prevista nel comma 2 dell'art. 5 della L.R. 13/1996 dove, nell'art. 8, comma 10, è altresì previsto che "non costituisce causa di incompatibilità la nomina di membri del consiglio di amministrazione delle ALER in consigli di amministrazione di enti, consorzi o società partecipate o controllate".

Nel caso di specie, la Aler Milano ha acquisito la partecipazione, nella misura del 12%, del capitale sociale di una società di ingegneria, la Inarcheck S.p.A., costituita nel 2002 e quindi già operante sul mercato (come da documentazione acquisita dal sito istituzionale della società), aderendo ad una richiesta della stessa società (come riferito nella nota).

Ad integrazione delle informazioni ricevute, dal sito istituzionale della società, apprendiamo che la Inarcheck S.p.A., oltre alla Aler Milano, vanta cinque azionisti (Banca Popolare di Sondrio, DEI Tipografia del Genio Civile, Gruppo Unipol, Inarcassa e Cassa Italiana di Previdenza ed Assistenza dei Geometri Liberi Professionisti), che svolge sul mercato servizi di verifica e validazione dei progetti, controllo tecnico, supporto tecnico, amministrativo e legale al Responsabile del Procedimento, sistemi di qualità e certificazione, formazione e addestramento e che, ad oggi, ha portato a termine più di 200 incarichi professionali per vari committenti, pubblici e privati. Il quadro che ne risulta è quello di una società per azioni che opera sul mercato in regime di libera concorrenza.

Se, sulla base delle predette valutazioni, si ritiene che il caso di specie si collochi al di fuori della fattispecie delle società miste/pubbliche che svolgono in outsourcing attività di pertinenza delle amministrazioni locali, ne consegue che ad esso non si applica l'art. 13 della Legge 248/2006 di conversione del D.L. n. 223/2006 (cosiddetto "decreto Bersani").

Conseguentemente, se non si applica l'art. 13 della Legge 248/2006, deve ritenersi legittima, da parte di Inarcheck S.p.A., l'offerta sul mercato delle prestazioni rientranti nel proprio oggetto sociale senza alcun vincolo di esclusività con la Aler Milano ed, anzi, sono proprio i legami partecipativi tra Aler e Inarcheck a rendere, al contrario, dubbia la possibilità che tra le due intercorrano rapporti di committente/offerente senza che ciò possa ritenersi lesivo dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio.

E si viene, quindi, al quesito posto dalla Aler Milano, per la cui soluzione si ritiene che vada valutata, non solo la partecipazione della Aler nel capitale sociale della Inarcheck, ma anche la posizione di Consigliere di Amministrazione della Inarcheck ricoperta dal Vicepresidente della Aler che, se di per sé, come premesso, non rappresenta una causa di incompatibilità (art. 8, comma 10, L.R. 13/1996), può tuttavia assumere particolare rilievo rispetto alle procedure ad evidenza pubblica

Appare infatti di intuitiva evidenza che i legami "azionari" tra Aler e Inarcheck e il contestuale ruolo di Consigliere di Amministrazione della Inarcheck e di Vicepresidente della Aler rendono manifeste, nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, posizioni potenzialmente confliggenti: da un lato l'imparzialità cui è doverosamente tenuta la stazione appaltante, dall'altro l'interesse a che l'impresa partecipata risulti aggiudicataria.

Da questo segue la possibile trasmissione alla società Inarcheck S.p.A. di informazioni "privilegiate"

riguardanti, ad esempio, le specifiche tecniche, i requisiti di partecipazione, i criteri di valutazione delle offerte, prima della pubblicazione del bando, con ciò fornendo alla citata impresa un indiscutibile vantaggio rispetto alle altre partecipanti.

Risulta pertanto incontestabile che, nei fatti, i legami tra Aler e Inarcheck costituiscano un presupposto idoneo alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento.

Resta da valutare se l'ordinamento riconosca rilevanza, e quindi persegua, un'ipotesi di conflitto di interessi del tipo di quella che in questa sede ci occupa.

La normativa in materia di contratti pubblici prevede alcune ipotesi di conflitto di interessi (nell'art. 84 del D. Lgs. 163/2006 sono previsti casi di incompatibilità per i componenti delle Commissioni di gara e nell'art. 90, comma 8, per gli incarichi di progettazione) come pure la normativa relativa agli enti locali (ad esempio, l'art. 63 del D.Lgs. 267/2000 (TUEL), prevede tra i casi di incompatibilità per la carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale l'essere parte in appalti), ma l'ipotesi in oggetto non sembra rientrare in nessuna specifica previsione normativa di conflitto di interesse.

Risulta quindi fondamentale l'esame della giurisprudenza che, sul punto, secondo un orientamento costante e consolidato, ritiene che "le situazioni di conflitto di interessi, nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite" (Cons. Stato, sez. V, 19/09/2006, n. 5444).

Deve pertanto ritenersi che, al di là delle singole disposizioni normative, ogni situazione che determini un contrasto, anche solo potenziale, tra il soggetto e le funzioni che gli vengano attribuite sia rilevante, ciò in quanto, secondo costante affermazione della giurisprudenza "ogni Pubblica Amministrazione deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione, al principio generale di imparzialità e di trasparenza ex art. 97 Cost. (Cons. Stato, sez. IV, 7 ottobre 1998, n. 1291; Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giur., 26 aprile 1996, n. 83; Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 1995, n. 775), tanto che - secondo ius receptum - le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della Pubblica Amministrazione ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o non un risultato illegittimo (Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 563)".

Alla luce di quanto riportato - recentemente riaffermato anche in primo grado dal TAR Lazio con la sentenza n. 4315 del 2007 - non occorre pertanto sindacare se in concreto abbia avuto luogo la violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, dovendosi ritenere sufficiente la sussistenza di un ragionevole dubbio circa la possibilità che ciò possa avvenire, in quanto ciò è già di per se stesso idoneo a ledere il principio che vuole l'immagine della Pubblica Amministrazione al di sopra di ogni sospetto.

Tenuto conto del citato orientamento giurisprudenziale, considerato che, come precedentemente illustrato, i reciproci rapporti tra Aler Milano e Inarcheck S.p.A., nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica bandite dalla Aler cui partecipi la Inarcheck, sono, di fatto, presupposti per la potenziale violazione dei principi di buon andamento e imparzialità nonché del principio della parità di trattamento che deve presiedere le procedure ad evidenza pubblica, si ritiene che la partecipazione della Inarcheck S.p.A. alle gare ad evidenza pubblica e alle procedure negoziate senza pubblicazione di bando promosse dalla Aler Milano configuri un'ipotesi (non codificata ma rilevante per le sue esposte argomentazioni) di conflitto di interessi e, quindi, sia inammissibile.