



.....OMISSIS.....

Oggetto

Gara per l'affidamento del servizio di gestione del polo dell'infanziaOMISSIS..... – art. 42 d.lgs. 50/2016 - richiesta parere.

FUNZ CONS 52/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 1 agosto 2023 ed acquisita al prot. Aut. n. 62828, 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 del 25 ottobre 2023, 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. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il quesito proposto riguarda la procedura di aggiudicazione indicata in oggetto, indetta ai sensi del d.lgs. 50/2016. Al riguardo la stazione appaltante riferisce che nell'ambito organizzativo della stessa, l'indizione della procedura di gara è di competenza del consiglio di amministrazione che, in relazione alla specifica procedura in esame, ha esaminato gli atti di gara (proposta di deliberazione, schema di capitolato speciale, disciplinare di gara e quadro economico dell'affidamento). All'esito della procedura di affidamento, è emerso che il presidente dell'operatore economico primo in graduatoria, è uno dei consiglieri del Cda della stazione appaltante che, ancorché non abbia partecipato all'adozione della delibera di indizione della gara, ha comunque avuto accesso agli atti di gara, peraltro in anticipo (in data 22.3.2023) rispetto alla pubblicazione del bando (26.4.2023), secondo quanto riferito nell'istanza di parere. In relazione a tale circostanza, si chiede, quindi, se sia configurabile o meno un conflitto di interesse o una potenziale violazione della *par condicio*. Con altro quesito, formulato genericamente, la SA ha evidenziato che dall'esame preliminare dei giustificativi sui costi della manodopera non sono stati considerati i servizi che l'operatore economico intende subappaltare, pertanto chiede se tale omessa indicazione possa ritenersi conforme alla disciplina normativa di riferimento.

In relazione al primo quesito posto, si richiama il secondo comma dell'art. 42 del d.lgs. 50/2016 ai sensi del quale «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».

Ai sensi dell'art. 7 del d.p.r. 62/2013 richiamato dalla norma, inoltre, «Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza».

Sul tema deve anche richiamarsi l'art. 80, comma 5, lett. d), del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico ... qualora: [...] d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile»;

Come può evincersi dalle disposizioni richiamate e dalle indicazioni fornite dall'Autorità con Linee Guida n. 15 (recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici»), in relazione al regime normativo dettato dal d.lgs. 50/2016, «Il conflitto di interesse individuato all'articolo 42 del codice dei contratti pubblici 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».

Le linee guida aggiungono che «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 considerato il potenziale danno all'immagine di imparzialità dell'amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni. 2.5 *Il vantaggio economico finanziario si può realizzare in danno della stazione appaltante oppure a vantaggio dell'agente o di un terzo senza compromissione dell'interesse pubblico (...).*». E' stato inoltre osservato che «Le situazioni di conflitto di interesse non sono individuate dalla norma in modo tassativo, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'articolo 97 della Costituzione, quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite».

Il concetto di conflitto di interesse quindi «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).

Sotto il profilo soggettivo le linee guida chiariscono che «L’articolo 42 del codice dei contratti pubblici offre una definizione di conflitto di interesse riferita al «personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi». Si tratta dei 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. *Si fa 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. (...) 4.3 L’articolo 42 si applica ai soggetti individuati ai punti precedenti che siano coinvolti in una qualsiasi fase della procedura di gestione del contratto pubblico (programmazione, progettazione, preparazione documenti di gara, selezione dei concorrenti, aggiudicazione, sottoscrizione del contratto, esecuzione, collaudo, pagamenti) o che possano influenzarne in qualsiasi modo l’esito in ragione del ruolo ricoperto all’interno dell’ente».*

In relazione ai soggetti sopra indicati, le linee guida indicano quindi gli obblighi dichiarativi e di astensione finalizzati a prevenire situazioni di conflitti di interessi. Non si tratta «di meri adempimenti formali, giacché costituiscono il principale strumento attraverso il quale le stazioni appaltanti possono prevenire e gestire possibili situazioni di rischio Tali obblighi (dichiarativo e di astensione) sono pacificamente estesi alla fase di esecuzione contrattuale (art. 42 co. 4 d.lgs. 50/2016; Linee Guida ANAC n. 15, par. 3.4; Delibere 65/2022, 66/2022) e agli affidamenti sotto soglia comunitaria (art. 36, co. 1 d.lgs. 50/2016; Linee Guida ANAC n. 4, par. 3.1; Delibera 712/2022)» (Delibera n. 303/2023 ANAC).

Con specifico riguardo ai contratti pubblici - dopo aver ribadito il dovere di astensione dalla partecipazione alla procedura da parte del soggetto che versi in una situazione di conflitto di interessi (par.8) - è stato anche osservato che «9.1 L’esclusione del concorrente dalla gara ai sensi dell’articolo 80, comma 5, lettera d) del codice dei contratti pubblici è disposta, come *extrema ratio*, quando sono assolutamente e oggettivamente impossibili sia la sostituzione del dipendente che versa nella situazione di conflitto di interesse, sia l’avocazione dell’attività al responsabile del servizio, sia il ricorso a formule organizzative alternative previste dal codice dei contratti pubblici. L’impossibilità di sostituire il dipendente, di disporre l’avocazione o di ricorrere a formule alternative deve essere assoluta, oggettiva, puntualmente ed esaustivamente motivata e dimostrata. 9.2 Se le condizioni previste al punto precedente si verificano successivamente all’aggiudicazione, la stazione appaltante, previa idonea ponderazione degli interessi coinvolti, effettua le valutazioni di competenza in ordine all’annullamento dell’aggiudicazione o alla risoluzione del contratto».

Pertanto, ove disvelato per tempo un conflitto di interesse alla luce del quadro normativo di riferimento (art. 80, comma 5, lett. d) d.lgs 50/2016; art. 42 d.lgs. 50/2016) è ammesso in termini generali che la stazione appaltante valuti preliminarmente se vi siano - e quali - misure adottabili per risolvere il conflitto diverse dall’esclusione del concorrente. Ove il conflitto di interesse si palesi alla stazione appaltante solo successivamente all’aggiudicazione, l’esclusione del concorrente dalla gara ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. d) d.lgs 50/2016 si configura come l’unico rimedio idoneo a risolvere tale situazione di conflitto (in tal senso parere PREC 142/2022).

Sembra opportuno aggiungere che «le situazioni di incompatibilità nelle gare pubbliche devono risultare *oggetto di specifica ed inequivoca prova, anche sulla base di elementi di fatto indiziati, gravi,*

precisi e concordanti, non potendo farsi riferimento ad elementi presuntivi e generici (Cons. St., Sez. III, n. 330/2020). Per pacifica giurisprudenza, il conflitto di interessi – proprio per il rischio di effetti escludenti – deve essere sempre *verificato in concreto, tramite riscontro dell'obiettivo vantaggio competitivo conseguito direttamente o indirettamente garantitosi* (TAR Piemonte, I, n. 58/2022). [...] *il configurarsi del conflitto di interessi ai sensi dell'art. 42 richiede verifiche in concreto e sulla base di prove specifiche* (TAR Campania Salerno, n. 1885/2020). *L'esclusione quindi non è automatica, ma deve essere pronunciata all'esito di una valutazione della stazione appaltante delle circostanze della situazione concreta* (Cons. St. Sez. Consultiva sugli Atti Normativi, Parere n. 667/2019). [...] L'obbligo di risolvere il conflitto incombe sempre sul funzionario pubblico e sulla stazione appaltante, la quale è titolare del potere di garantire e soddisfare l'interesse legittimo, ed è quindi tenuta ad adeguare la propria organizzazione per permetterne la soddisfazione;» (Parere PREC 289/2023).

Per quanto sopra, dunque, l'interesse in conflitto del funzionario «*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 ai sensi dell'art. 42 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, *non è automatica*, ma deve essere pronunciata all'esito di una valutazione della stazione appaltante in ordine alla situazione concreta.

Ai fini delle valutazioni sopra indicate, e con specifico riferimento al quesito posto, sembra utile osservare che secondo il giudice amministrativo, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione «[...] ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse è *sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'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 configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio competitorum*; e) per le sue descritte caratteristiche funzionali, la disposizione in parola [art.42 d.lgs. 50/2016] è quindi da intendersi come norma *lato sensu* "di pericolo", in quanto le misure che essa contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare (così Cons. Stato, sez. III, n. 355/2019 e sez. V, n. 3048/2020); d) quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'art. 80, comma 5, lett. d) dello stesso codice (...) prevede, come *extrema ratio*, che sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto.

Anche l'Autorità ha osservato che «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 339/20223).

Sulla base delle indicazioni sopra richiamate, quindi, nel caso di specie, secondo quanto rappresentato nell'istanza di parere, potrebbero configurarsi elementi indiziari dai quali ricavare, in via presuntiva, il conflitto di interessi, ovvero: *a*) l'esistenza di un interesse personale del membro del CdA della stazione appaltante e dell'operatore economico aggiudicatario (di cui il predetto soggetto è Presidente); *b*) il ruolo che il primo ha rivestito nella procedura di gara posto che, ancorché non abbia partecipato all'adozione della delibera di indizione della gara, detto ruolo potrebbe aver consentito di

“intervenire” o di “influenzare” il risultato, per le informazioni privilegiate che il predetto soggetto aveva a disposizione [la conoscenza degli atti di gara prima della loro pubblicazione nonché la conoscenza delle esigenze e degli obiettivi che la SA voleva perseguire con l'affidamento] e che potrebbe aver trasferito all'impresa concorrente (di cui è Presidente). In tal caso, il vantaggio competitivo dell'aggiudicatario, potrebbe essersi determinato sotto forma di «anticipata conoscenza degli atti di gara o di possibile acquisizione di informazioni qualificate (...), riservate e di specifico orientamento sulle aspettative e sui gradimenti della stazione appaltante» (come indicato nella decisione del Cons. di Stato n. 5151/2020 cit.).

Sotto tale profilo, secondo l'avviso giurisprudenziale richiamato, non rileva in senso contrario, il fatto che il soggetto interessato non avrebbe partecipato alla redazione degli atti di gara o che non avrebbe svolto alcuna funzione attinente al settore ed all'attività oggetto di gara. Ciò che rileva, ai fini della sussistenza del conflitto di interessi, sarebbe il collegamento con la società in base ad elementi oggettivi e la possibilità di accedere (peraltro in anticipo rispetto agli altri concorrenti) alle informazioni e/o alla documentazione di gara (Cons. Stato n. 6150/2019).

La valutazione della specifica fattispecie di conflitto di interessi ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 7 del d.p.r. 62/2013 sopra richiamati, pertanto, anche in base alle indicazioni contenute nelle Linee guida n. 15, è rimessa alla stazione appaltante, la quale – ove accerti la sussistenza di un conflitto di interesse idoneo a ledere l'imparzialità dell'azione amministrativa – è tenuta ad adottare le misure indicate nelle medesime linee guida dell'Autorità.

Per quanto sopra, «l'esclusione del concorrente nelle ipotesi di conflitto d'interesse non è automatica. Spetta alla stazione appaltante adottare preventivamente tutte le misure necessarie a evitare situazioni di conflitto d'interesse e valutare la situazione concreta sulla base di prove specifiche. I rapporti societari e professionali fra il soggetto incaricato dalla stazione appaltante e l'operatore economico, costituiscono indizi presuntivi di un conflitto d'interesse. Spetta ai soggetti coinvolti fornire prove concrete che non vi è stata violazione del principio delle pari opportunità per gli offerenti nella formulazione delle offerte e che non si è determinato alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza» (parere Prec 339/2023).

Quanto, infine, al secondo quesito, formulato in maniera generica, sembra sufficiente rinviare all'avviso dell'Autorità a tenore del quale, viste le previsioni degli artt. art. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d) del d. lgs. 50/2016 «L'obbligo di indicare i costi della manodopera in sede di offerta deve intendersi riferito anche ai costi sopportati dal subappaltatore, al fine di poter verificare il rispetto dei minimi salariali e la congruità dell'offerta» (parere Prec 44/2019).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette 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

Atto firmato digitalmente