

Publicato il 20/07/2022

N. 06389/2022REG.PROV.COLL.
N. 05272/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5272 del 2021, proposto da Societa' “-OMISSIS1- S.r.l.”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio e Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto n. 18;

contro

Consac Gestioni Idriche S.P.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Leone e Benedetta Leone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS2- S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Martina Alo', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno (Sezione prima) n. -OMISSIS-

resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consac Gestioni Idriche S.P.A e di -OMISSIS2- S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2022 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e udito l'avvocato La Gloria, in sostituzione degli avvocati Brancaccio e Melucci per dichiarata delega;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, ha respinto il ricorso proposto dalla -OMISSIS1- s.r.l. contro Consac - Gestioni Idriche s.p.a. (d'ora innanzi Consac) e nei confronti della -OMISSIS2- s.r.l., per l'annullamento del provvedimento (delibera del C.d.A. n. 14 del 9 febbraio 2021) col quale la stazione appaltante Consac ha disposto l'esclusione dell'a.t.i. ricorrente dalla procedura indetta per l'affidamento degli *“interventi di ristrutturazione e potenziamento del sistema di adduzione idrica nell'area Cilento. Sostituzione condotta Faraone e potenziamento adduzione area Montestella – I Stralcio”*, con il contemporaneo annullamento dell'aggiudicazione già adottata in suo favore (con precedente delibera del C.d.A. n. 90 del 10 dicembre 2020) e delibera di escussione della polizza fideiussoria e segnalazione all'ANAC ex artt. 80, comma 12, 213, comma 10, e 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e d.P.R. n. 445 del 2000, nonché per l'annullamento degli atti presupposti, specificamente indicati in ricorso, tra cui la determina del r.u.p. n. 374 del 3 febbraio 2021.

1.1. Il tribunale - dato atto che l'esclusione e l'annullamento dell'aggiudicazione erano stati disposti per conflitto di interessi dovuto ai

rapporti fra il precedente r.u.p., ing. F.L., e la società -OMISSIS1- s.r.l.- ha riassunto i fatti rilevanti come segue:

<<L'ing. F.L., assunto alle dipendenze del Consac in data 6 novembre 2017, in data 2 luglio 2020 è stato nominato Responsabile Unico del Procedimento nell'ambito della gara per cui è causa, indetta con il bando del 6 luglio 2020 e da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In tale qualità, l'ing. L. ha predisposto il bando e gli altri atti del procedimento concorsuale, incluso il capitolato prestazionale, partecipando alle sedute della Commissione, anche alle sedute riservate, in qualità di segretario verbalizzante. Sebbene nessuno dei 16 operatori economici partecipanti abbia segnalato situazioni di incompatibilità con l'ing. L., il Direttore generale, dopo avere appreso informalmente notizia di possibili situazioni di conflitto di interesse in ordine ai rapporti tra ... - OMISSIS1- S.r.L., con nota del 30 dicembre 2020 ha chiesto al RUP ing. L. chiarimenti in merito ai propri rapporti con l'aggiudicataria. A tale richiesta di chiarimenti l'ing. L. ha risposto con mail del 31.12.2020, rappresentando che: nel 2016 ha svolto circa 30 Ape per il gruppo - OMISSIS- e una nel 15 febbraio 2018; nel 2015 e 2016 ha svolto attività di consulenza e progettazione per offerte migliorative per il gruppo - OMISSIS-, tra cui un progetto di una Smart City a Roccapiemonte, e altri che riguardavano progetti di discariche e infrastrutture varie; nel 2015 ha ricevuto incarico di Consulente di Parte dell'impresa -OMISSIS- nell'ambito di una procedura arbitrale contro il Comune di Vallo della Lucania; ha avuto frequentazioni anche familiari con la famiglia - OMISSIS-; è membro del Rotary Club di Vallo della Lucania assieme ad Antonio -OMISSIS- (l.r.p.t. sia di -OMISSIS1- che di -OMISSIS- S.r.L.) e Pietro -OMISSIS-.>>

1.2. Dato quanto sopra, il tribunale, dopo avere ricostruito il quadro normativo di riferimento, ha ritenuto che la rilevanza dei fatti descritti ai fini della sussistenza del conflitto di interessi fosse valutabile sia con

riguardo alla centralità del ruolo dell'ing. L. nell'ambito della procedura di gara, sia con riguardo all'oggettiva pregnanza delle vicende accertate.

Illustrate le ragioni della decisione sotto entrambi i profili, ha concluso per la sussistenza del motivo di esclusione derivante dal conflitto di interesse in sé e del motivo di esclusione della falsa (o quantomeno omessa) dichiarazione in ordine alla sussistenza dei motivi di conflitto di interesse.

1.3. Il ricorso è stato ritenuto infondato anche con riferimento all'escussione della garanzia provvisoria e alla segnalazione all'ANAC, in quanto conseguenze sanzionatorie del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione.

1.4. Respinto il ricorso, le spese processuali sono state poste a carico della società ricorrente e liquidate in favore sia della Consac che della -OMISSIS2-.

2. Avverso la sentenza ha proposto appello la società -OMISSIS1-, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del r.t.i. già costituito tra le società -OMISSIS1- s.r.l. – -OMISSIS- s.r.l. – -OMISSIS-.

2.1. Si sono costituite per resistere all'appello la Consac e la -OMISSIS2-.

2.2. Con ordinanza cautelare del -OMISSIS- è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado.

2.3. Proposta dall'appellante istanza di accesso agli atti in corso di causa, con ordinanza collegiale in data -OMISSIS- è stato rimesso l'esame del ricorso per l'accesso alla pubblica udienza del 13 gennaio 2022, in uno con la trattazione del merito dell'appello cui è connesso.

2.4. Dopo un rinvio d'ufficio di tale ultima udienza, la causa è stata discussa e assegnata a sentenza all'udienza pubblica del 26 maggio 2022, previo deposito di memorie e repliche delle parti.

3. Va trattata in via preliminare l'eccezione di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse sollevata da entrambe le parti appellate.

3.1. L'eccezione è motivata dal fatto che in data 1 giugno 2021 Consac ha comunicato a tutte le società concorrenti, compresa -OMISSIS1-, l'intervenuta aggiudicazione della procedura alla società -OMISSIS2- con determinazione del Consiglio di amministrazione n. 64 del 27 maggio 2021, non impugnata dall'odierna appellante.

3.2. Al riguardo va ribadito che il ricorso avverso l'esclusione da una gara pubblica è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse allorché non sia impugnata nei termini, nonostante la tempestiva comunicazione, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, che costituisce l'atto che rende definitiva la lesione dell'interesse azionato dal soggetto escluso; infatti l'eventuale annullamento dell'esclusione, lasciando sopravvivere l'aggiudicazione non impugnata, non è idoneo ad attribuire al ricorrente il bene della vita oggetto della pretesa (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, 24 marzo 2021, n. 2501; id., III, 20 maggio 2020, n. 3200).

Parimenti, va ribadito che l'annullamento dell'esclusione non ha effetto caducante della sopravvenuta aggiudicazione (così, tra le altre, Cons. Stato, V, 2 marzo 2021, n. 1783).

3.3. I principi giurisprudenziali appena esposti vanno riferiti all'impugnazione del provvedimento di esclusione da parte di -OMISSIS1-, nei limiti in cui la domanda introduttiva è finalizzata a conseguire la (nuova) aggiudicazione in favore della stessa -OMISSIS1- della procedura di gara *de qua* e, in caso di stipulazione del contratto con altra aggiudicataria (che è effettivamente sopraggiunta in data 15 settembre 2021), la dichiarazione di inefficacia e il subentro. Tali obiettivi sono oramai preclusi all'appellante perché l'eventuale annullamento dell'esclusione lascerebbe sopravvivere l'aggiudicazione non impugnata, senza consentire al ricorrente di conseguire il "bene della vita" oggetto della domanda originaria (cfr. Cons. Stato, V, 15 luglio 2020, n. 4572).

3.3.1. Non vale argomentare in senso contrario richiamando - come fa l'appellante negli scritti conclusivi - l'art. 336, comma 2, cod. proc. civ.

(“la riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata”) e la giurisprudenza che fa applicazione al processo amministrativo del principio dell’effetto espansivo esterno della riforma della sentenza appellata posto dalla detta norma processuale (Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2527, tra le più recenti).

Nel presente giudizio la sentenza di primo grado ha respinto il ricorso proposto dalla -OMISSIS1- avverso il provvedimento di esclusione ed annullamento dell’aggiudicazione in suo favore già adottato dalla stazione appaltante.

Quindi, l’aggiudicazione in favore della seconda classificata non è conseguita - come nei casi nei quali si fa applicazione del detto principio – all’accoglimento del ricorso proposto appunto dalla seconda classificata, ma direttamente all’annullamento già disposto dalla stazione appaltante, in conseguenza dell’esclusione della -OMISSIS1-, precedente aggiudicataria, ed alla nuova determinazione discrezionale di scorrere la graduatoria.

Il richiamo della sentenza del T.a.r. contenuto nel provvedimento di aggiudicazione in favore di -OMISSIS2- sta soltanto a significare che Consac si è determinata alla nuova aggiudicazione dopo aver ottenuto la conferma del(la legittimità del) proprio precedente operato da parte del primo giudice.

3.3.2. Pertanto, per rimuovere la nuova determinazione di aggiudicazione adottata dalla stazione appaltante, -OMISSIS1- avrebbe dovuto proporre un’apposita impugnazione.

3.4. Malgrado l’impossibilità di -OMISSIS1- di conseguire l’aggiudicazione, la stessa non ha perso completamente interesse alla presente decisione.

Infatti, la domanda di annullamento è stata estesa alle statuizioni consequenziali del provvedimento di esclusione, consistite nella

deliberazione di escussione della garanzia provvisoria e di segnalazione all'ANAC.

Poiché le dette statuizioni dipendono dal provvedimento di esclusione, esse sarebbero cadute in caso di accoglimento dell'appello ed affermazione dell'illegittimità di tale provvedimento.

L'appellante ha perciò un ulteriore e autonomo interesse alla decisione sull'appello, indipendentemente dalle sorti dell'aggiudicazione, come contro-dedotto dalla difesa di -OMISSIS1- con la memoria del 28 dicembre 2021.

3.5. L'eccezione di improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse va respinta.

4. La società Consac ha adottato il provvedimento impugnato per la ritenuta sussistenza di un conflitto di interesse.

Il *Codice dei contratti pubblici* se ne occupa: nell'art. 42 (*Conflitto di interesse*), che delinea la fattispecie nei riguardi, in particolare, della stazione appaltante e dei suoi dipendenti; nell'art. 77 (*Commissione giudicatrice*), che, al comma 6, la richiama per i commissari di gara e per i segretari delle commissioni; nell'art. 80, comma 5, lett. d), che rinvia all'art. 42, comma 2, prevedendola, nei riguardi dell'operatore economico, come causa di esclusione quando la situazione di conflitto di interesse non sia “*diversamente risolvibile*”.

Le disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 sono attuative del 16° considerando della direttiva 2014/24 sui lavori pubblici (“*Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avvalersi di tutti i possibili mezzi a loro disposizione ai sensi del diritto nazionale per prevenire le distorsioni derivanti da conflitti di interesse nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tra questi potrebbero rientrare le procedure per individuare, prevenire e porre rimedio a conflitti di interessi*”) e dell'art. 24, paragrafo 2, della stessa direttiva (“*Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di*

un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura 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").

La definizione di conflitto di interesse contenuta nella direttiva è testualmente ripresa dall'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 che vi aggiunge l'inciso finale che *"In particolare, costituiscono situazioni di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'art. 7 del DPR 16 aprile 2013, n. 62"* (che contiene il regolamento recante il *codice di comportamento dei dipendenti pubblici*).

Quest'ultima disposizione, intitolata *"Obbligo di astensione"*, richiamando le fattispecie contemplate nell'art. 51 cod. proc. civ. (sull'obbligo di astensione del giudice) prevede che 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."*

Risulta evidente dalla sola lettura delle richiamate disposizioni come la problematica del conflitto di interesse sia stata particolarmente presente al legislatore del *Codice dei contratti pubblici*, che, in tale settore, ne ha

ampliato la portata risultante da una precedente elaborazione giurisprudenziale, estendendo l'obbligo di astensione alle ipotesi non tipizzate delle "gravi ragioni di convenienza" del detto art. 7. Queste, oltre a coincidere con l'identica previsione dell'art. 51 c.p.c., sono sostanzialmente coincidenti con le situazioni che altre disposizioni di legge qualificano come conflitto di interesse potenziale (cfr. art. 6 bis della legge n. 241 del 1990 e 53, comma 14, del d.lgs. n. 165 del 2001).

4.1. Su tale aspetto di novità si è soffermato questo Consiglio di Stato nel parere n. 667/2019 del 5 marzo 2019, espresso sullo Schema delle Linee guida ANAC aventi ad oggetto "Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici", in attuazione dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

In particolare, la Sezione consultiva per gli atti normativi ha evidenziato come "occorra distinguere situazioni di conflitto di interessi da un lato conclamate, palesi e soprattutto tipizzate (quali ad esempio i rapporti di parentela o coniugio) che sono poi quelle individuate dall'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 citato; dall'altro non conosciuti o non conoscibili, e soprattutto non tipizzati (che si identificano con le "gravi ragioni di convenienza" di cui al penultimo periodo del detto art. 7 e dell'art. 51 c.p.c.)" ed ha nel prosieguo precisato che "rilevano sia palesi situazioni di conflitto di interessi, sia situazioni di conflitto di interessi (in questo senso) potenziali, perché tale nozione include non soltanto le ipotesi di conflitto attuale e concreto, ma anche quelle che potrebbero derivare da una condizione non tipizzata ma ugualmente idonea a determinare il rischio".

Le situazioni di "potenziale conflitto" sono identificate in primo luogo, in quelle che, per loro natura, pur non costituendo allo stato una delle situazioni tipizzate, siano destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato. A queste vengono aggiunte "quelle situazioni le quali possano per sé favorire l'insorgere di un rapporto di favore o comunque di non indipendenza e

imparzialità in relazione a rapporti pregressi, solo però se inquadrabili per sé nelle categorie dei conflitti tipizzati. Si pensi a una situazione di pregressa frequentazione abituale (un vecchio compagno di studi) che ben potrebbe risorgere (dovendo la potenzialità) o comunque ingenerare dubbi di parzialità (dunque le gravi ragioni di convenienza)”.

4.2. A completamento di quanto sopra, vanno menzionate le Linee Guida Anac n. 15 del 15 giugno 2019, le quali definiscono il conflitto di interesse come *“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”.*

4.3. Dal punto di vista soggettivo è poi significativo che già l’art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 ponga in alternativa, tra il personale della stazione appaltante, quello che *“interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni”* e quello che *“può influenzarne, in qualsiasi modo il risultato”.*

L’interpretazione letterale - avallata sia dal detto parere del Consiglio di Stato che dalle Linee Guida Anac – induce ad escludere che si tratti di un’endiadi.

4.4. I motivi di appello vanno esaminati e decisi facendo applicazione delle norme e dell’interpretazione di cui sopra, secondo quanto appresso.

5. Col primo motivo si denuncia un’erronea rappresentazione dei fatti di causa da parte del tribunale.

5.1. Dopo avere premesso che la Consac ha fondato la propria decisione soltanto sulle “informazioni” rese dal r.u.p. ing. L. con la e-mail del 31 dicembre 2020, l’appellante contesta che il giudice, senza che l’amministrazione abbia svolto alcuna istruttoria ed offerto prove adeguate, abbia dato per accertato che:

- l'ing. L. avesse avuto *“prolungate relazioni e frequentazioni con la famiglia -OMISSIS-, e ancora oggi condivide con Antonio e Pietro -OMISSIS- la partecipazione al club Rotary di Vallo della Lucania”*; e che:
- *“non risulta che le relazioni personali e i vincoli di amicizia tra l'ing. L. e la famiglia -OMISSIS- siano ad oggi interrotti, al netto della fisiologica attenuazione delle frequentazioni fisiche dovute alle restrizioni derivanti dall'epidemia del Covid-19”* (capo 2.2 della sentenza).

L'appellante sostiene che non vi sarebbe alcun riscontro probatorio o documentale di dette affermazioni e che non sarebbe decisiva l'iscrizione dell'ing. L. e di alcuni componenti della famiglia -OMISSIS- allo stesso Rotary Club di Vallo della Lucania.

5.1.1. Secondo l'appellante, altri errori in punto di fatto consisterebbero nell'aver il tribunale dato per *“accertato”* che:

- il r.u.p. avesse nominato i commissari di gara;

- il r.u.p. avesse partecipato alle sedute riservate della commissione,

trattandosi di circostanze che troverebbero smentita negli atti di gara, perché i commissari erano stati estratti a sorte da un apposito seggio di gara e l'ing. L. aveva soltanto fatto da segretario delle sedute della commissione di gara.

5.2. Col secondo motivo si denunciano ulteriori errori sia in fatto che in diritto, concernenti le seguenti asserzioni della sentenza di primo grado in merito all'attività del r.u.p.:

- ha predisposto la *lex specialis* di gara *“indicando specifici requisiti di partecipazione di carattere tecnico, in ipotesi favorendo l'impresa a lui legata”*;

- ha fornito chiarimenti alle ditte;

- ha proposto l'aggiudicazione della gara e la consegna anticipata dei lavori.

5.2.1. L'appellante sostiene che non sarebbe così come rappresentato in sentenza, emergendo invece dagli atti elementi che smentiscono le dette

affermazioni, poiché:

- il r.u.p. ha utilizzato lo schema tipo del bando di gara in conformità a quanto disposto dall'art. 71 del d.lgs. n. 50 del 2016 e comunque la *lex specialis* non presenterebbe “alcun carattere di specialità” né alcuna peculiarità rispetto alle leggi di gara normalmente utilizzate per appalti della stessa tipologia (anche da parte della stessa Consac);
- il r.u.p. si è limitato a rispondere, come suo dovere istituzionale, ad alcuni quesiti inerenti le modalità di presentazione delle domande, che non avrebbero potuto influenzare né la partecipazione né l'esito della gara; comunque gli operatori economici avrebbero potuto chiedere chiarimenti anche ai funzionari Consac;
- il r.u.p. ha preso atto delle valutazioni tecnico-discrezionali assunte dalla commissione di gara, senza interloquire al riguardo; inoltre, la proposta di aggiudicazione è stata verificata e approvata dall'organo competente della stazione appaltante;
- la consegna anticipata dei lavori è stata disposta in applicazione dell'art. 8, comma 1, lett. a), del d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020.

6.3. I motivi, che vanno esaminati congiuntamente per ragioni di connessione, non meritano di essere accolti.

La dichiarazione resa dall'ing. L. il 31 dicembre 2020 è la seguente:

<< [...] Nel 2016 ho svolto circa 30 Ape per il gruppo -OMISSIS- e una nel 15 febbraio 2018.

Nel 2015 e 2016 ho svolto attività di consulenza e progettazione per offerte migliorative per il gruppo -OMISSIS-, tra cui un progetto di una Smart City a Roccapiemonte, e altri che riguardavano progetti di discariche e infrastrutture varie. Nel 2015 sono stato CTP dell'impresa -OMISSIS- in un arbitrato contro il Comune di Vallo della Lucania.

[...] Nessun incarico in corso o non ancora concluso.

[...] Ho avuto in passato frequentazioni anche familiari con la famiglia -OMISSIS-. Con Antonio -OMISSIS- e Pietro -OMISSIS- attualmente facciamo parte dello stesso club Rotary di Vallo della Lucania.>>.

6.3.1. I rilievi difensivi della società appellante sono volti, in primo luogo, per un verso, ad escludere l'attualità dei rapporti di "frequentazione" familiare e professionale, per altro verso, a sostenere la mancanza di riscontri probatori.

Quanto a quest'ultima doglianza, è sufficiente osservare che l'attività istruttoria svolta dalla stazione appellante ha dato un esito idoneo a sostenere la contestazione di conflitto di interesse, sulla base delle sole dichiarazioni rese dall'ing. L.

Tenuto conto di queste ultime, l'ipotesi tipizzata di conflitto di interesse più affine alla situazione dichiarata è quella del dipendente che debba partecipare ad attività che possano coinvolgere interessi "di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale", laddove l'attualità della "frequentazione abituale" delinea la fattispecie di conflitto di interessi *in atto*.

Si è però sopra evidenziato come rilevi anche la situazione di conflitto di interessi *in potenza*, cioè "anche potenziale", *sub specie* di situazione idonea a dare luogo ad una grave ragione di convenienza che impone l'astensione.

Dato ciò, nel caso di specie, dichiarate dallo stesso interessato le "frequentazioni anche familiari" con membri della famiglia -OMISSIS-, pur se riferite al "passato", potrebbe essere escluso il conflitto di interesse attuale, ma non quello potenziale.

In sintesi, contrariamente a quanto sostiene l'appellante, è irrilevante accertare se la sospensione delle "frequentazioni anche familiari" sia più o meno recente, una volta che risulti accertato esservi stato un rapporto di amicizia prolungato nel tempo (tanto da essere definito in termini di *frequentazione* dallo stesso dichiarante) e che non sia stata comprovata, ma

nemmeno dichiarata, la definitiva interruzione di ogni rapporto collocabile in un periodo di tempo particolarmente distante dai fatti di causa (per di più smentita, se non altro, dalla comune iscrizione al Rotary locale).

Quanto alle “frequentazioni” per ragioni professionali, fermo quanto si dirà a proposito dell’inapplicabilità del limite triennale dell’art. 6 del d.P.R. n. 62 del 2013, la quantità e la qualità delle collaborazioni e dei rapporti di lavoro intrattenuti dall’ing. L. con le società del gruppo -OMISSIS-, ma anche la loro prossimità temporale/cronologica allo svolgimento della gara *de qua*, sono altamente significative di una contiguità professionale, nello stesso settore degli appalti pubblici, che la rende idonea di per sé a favorire l’insorgere di un atteggiamento di favore o comunque di non indipendenza e imparzialità nel nuovo contesto della funzione pubblica esercitata ovvero (anche soltanto) ad essere *percepita* come “una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto” in oggetto.

6.3.2. In secondo luogo, i rilievi difensivi di -OMISSIS1- tendono, per un verso, a sminuire il ruolo dell’ing. L., in qualità di r.u.p. e di segretario della commissione giudicatrice; per altro verso, a (cercare di) dimostrare che gli atti e le attività inerenti la gara non avrebbero avvantaggiato, né potuto avvantaggiare, la società aggiudicataria.

Il primo ordine di censure è privo di consistenza poiché se il conflitto di interesse rileva nei confronti di qualsivoglia dipendente che prenda parte alla procedura di gara, a maggior ragione rileva per il responsabile unico del procedimento, in considerazione del ruolo e dei compiti attribuitigli dal *Codice dei contratti pubblici*, senza che sia necessario verificare, quali di questi e con quali modalità, siano stati in concreto esercitati nella procedura di che trattasi.

Detto ciò, va sottolineato che l’ing. L., oltre ad avere svolto la funzione di segretario della commissione di gara, partecipando a tutte le sedute in tale veste (che lo rende soggetto alla previsione dell’art. 77, comma 6) e ad

avere adottato la determina di nomina dei commissari di gara, nella sua qualità di r.u.p., ha predisposto la legge di gara, ha fornito i chiarimenti richiesti, ha disposto l'esecuzione in via d'urgenza, peraltro pressoché a ridosso dell'aggiudicazione, come evidenziato negli scritti delle parti appellate (quindi con condotta favorevole all'aggiudicataria, pur se consentita dall'art. 8, comma 1, lett. a, del d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020, anche in deroga alle ipotesi tassative dell'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016).

In merito poi alla prova di un effettivo vantaggio conseguito dalla società aggiudicataria è sufficiente richiamare la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in ordine al fatto che *“quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma ... va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio”*. (cfr. Cons. Stato, V, 14 maggio 2018, n. 2853; id. III, 12 settembre 2019, n. 6150; id., V, 28 ottobre 2019, n. 7389).

Si tratta di conclusione da condividere, dal momento che le previsioni sul conflitto di interesse sono norme *“di pericolo”*, operando anche solo in presenza del pericolo di pregiudizio che può essere causato dalla situazione conflittuale (cfr. Cons. Stato, III, 20 agosto 2020, n. 5151 e id, V, 14 maggio 2020, n. 3048).

6.4. I primi due motivi di appello vanno respinti.

7. Col terzo motivo si denunciano i seguenti errori di diritto:

- l'esclusione da parte del T.a.r. dell'applicabilità dell'art. 6 del d.P.R. n. 62 del 2013; l'appellante sostiene che, attesi i rinvii disposti dall'art. 80, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016 all'art. 42, comma 2, e da questo all'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013, si dovrebbe prendere in considerazione anche il precedente art. 6 (rubricato *“comunicazione degli interessi finanziari e conflitti di interesse”*), in quanto correlato alla norma successiva; la disposizione individua come rilevanti i rapporti intrattenuti *“negli ultimi tre anni”*; pertanto, analogo spazio temporale sarebbe

imprescindibile anche nella fattispecie *de qua*, non potendo valere le situazioni di conflitto di interesse a tempo indeterminato; di qui l'irrilevanza giuridica dei rapporti presi in considerazione nel caso di specie, tutti intrattenuti negli anni 2015 e 2016, salva una minima prestazione professionale (rilascio di certificazione energetica) del 15 febbraio 2018, che, oltre ad essere di scarsissimo, se non nullo, peso economico, non era stata commissionata da alcuna delle società dell'a.t.i. partecipante alla gara (né è noto quale fosse la società committente);

- l'aver il T.a.r. ritenuto il "ruolo centrale" del r.u.p. nell'ambito del procedimento di aggiudicazione e la sua possibilità di influenzare in modo significativo l'andamento della gara: l'appellante evidenzia come nella sentenza vi sia soltanto un'elencazione formale delle circostanze che, in tesi, dovrebbero comprovare tale assunto, senza alcuna dimostrazione in concreto di come il r.u.p. abbia potuto influenzare il risultato della procedura; difetterebbe quindi il primo presupposto richiesto dall'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, cioè la possibilità di influenzare l'esito della gara;

- l'aver il T.a.r. affermato che vi sarebbe un "legame stretto" tra il r.u.p. e il r.t.i. aggiudicatario (pur se privo di riscontri) e l'aver inferito, sulla base di fatti indicati come "accertati" ma che tali non sarebbero, che vi sarebbe stato "*un completo affidamento professionale*" e che i rapporti sarebbero sfociati anche "*in frequentazione personale e familiare*": in effetti, sarebbe mancante il secondo presupposto richiesto dalla norma, cioè l'esistenza all'attualità di una qualsiasi situazione di interesse che possa essere percepita come una "minaccia" anche solo potenziale;

- nemmeno potrebbero rilevare gli incarichi svolti tra il 2016 e il 2018, commissionati dalla -OMISSIS- s.r.l. (che, secondo il T.a.r., pur non avendo partecipato alla gara, avrebbe "stretti legami" con la società -OMISSIS1-, capogruppo mandataria del r.t.i., che, a sua volta, è detenuta, in uno alla società -OMISSIS- s.r.l., mandante del r.t.i., dalla "AL Holding

di Antonio -OMISSIS- & C. s.a.s.”, nella quale sono presenti diversi soggetti della famiglia -OMISSIS-): l'appellante sostiene che si tratterebbe di incarichi modesti e che il conflitto di interesse rileverebbe solo in riferimento alle imprese concorrenti, non ad eventuali imprese collegate al concorrente o rientranti in un unico gruppo societario; in ogni caso la -OMISSIS- non farebbe parte della *holding*, in quanto il suo intero pacchetto azionario è di proprietà del legale rappresentante ed amministratore unico sig. Pietro -OMISSIS-, che non è socio della *holding*; non si verterebbe pertanto nemmeno in un'ipotesi di sussistenza di “gravi ragioni di convenienza” che avrebbero imposto l'astensione del r.u.p.

7.2. Il motivo è infondato sotto tutti i profili.

7.2.1. L'art. 6 del d.P.R. n. 62 del 2013 (oltre a formare oggetto di un motivo di appello che presenta profili di inammissibilità, eccepiti dalla difesa di Consac, per la novità della censura, che, nel primo grado, relativamente all'aspetto temporale, era riferita all'art. 77, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016) non è richiamato dall'art. 42, comma 2, del *Codice dei contratti pubblici* e, in presenza invece del richiamo espresso del successivo art. 7, è da intendersi inapplicabile. Non si può sostenere che l'un richiamo presuppone l'altro poiché le due disposizioni del *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici* disciplinano situazioni differenti del pubblico dipendente: l'art. 6 riguarda la dichiarazione da rendere al momento dell'assegnazione all'ufficio, a portata generale e preventiva; l'art. 7 riguarda l'obbligo di astensione riferito alla sua partecipazione “all'adozione di decisioni o ad attività” ed è quindi specificamente riferito a specifiche e determinate decisioni ed attività.

Inoltre non è condivisibile la censura dell'appellante secondo cui, in mancanza della fissazione di un limite temporale predeterminato, il conflitto di interesse potrebbe essere ritenuto anche in riferimento a situazioni lontane nel tempo, tanto da rendere sostanzialmente indeterminata la fattispecie. In senso contrario, è sufficiente richiamare le

argomentazioni sopra svolte a proposito del conflitto di interesse potenziale e della valutazione del rischio della sua evoluzione in conflitto di interesse attuale; valutazione, quest'ultima, da effettuarsi tenuto conto delle circostanze del caso di specie (tra cui, ovviamente, anche il periodo di riferimento della situazione, o della relazione, ritenuta rilevante).

7.2.2. Il ruolo centrale del r.u.p. nel procedimento amministrativo, anche ai fini della rilevanza del conflitto di interesse, sta a fondamento già dell'art. 6-bis della legge n. 241 del 1990, che riferisce specificamente al "responsabile del procedimento" l'obbligo di astensione per conflitto di interessi.

E' noto poi che il ruolo centrale del r.u.p. è esaltato nel *Codice dei contratti pubblici*. Della sua rilevanza, in generale e nel caso di specie, ai fini dell'astensione per conflitto di interesse si è detto sopra; giova precisare che si tratta di soggetto che, non solo prende parte alla procedura ma è anche in grado di determinarne il risultato: entrambe tali condizioni poste, in alternativa, dall'art. 42, comma 2, come rilevanti per il conflitto di interesse, si concentrano nella persona del r.u.p., senza che – contrariamente a quanto si sostiene con l'appello – debba essere verificato, in concreto, se il pubblico dipendente, che avrebbe avuto l'obbligo di astenersi, non abbia in realtà operato in piena conformità alla normativa primaria e secondaria e senza avvantaggiare alcuno.

Anzi è irrilevante, come detto, la dimostrazione positiva dell'assenza di vantaggi concreti, poiché prevale la finalità preventiva di impedire che la situazione di conflitto di interesse possa "essere percepita" come una minaccia all'imparzialità ed all'indipendenza del funzionario nel contesto della procedura di gara.

7.2.3. La posizione della -OMISSIS-, committente dell'ing. L. dei diversi incarichi tecnici dichiarati dal medesimo, è stata delineata nella sentenza, senza smentita in punto di fatto: la società è conferita nella -OMISSIS1-; -

OMISSIS1- e -OMISSIS- Costruzioni fanno capo alla Al Holding ed hanno in comune la sede sociali e i soci.

L'assunto difensivo dell'appellante secondo cui il conflitto di interesse presupporrebbe una relazione diretta tra il dipendente della stazione appaltante e la società concorrente (non potendo venire in rilievo rapporti intrattenuti con le società collegate o appartenenti al medesimo gruppo societario) è superabile anche soltanto ribadendo la natura aperta dei casi di conflitto di interesse (cfr. già Cass., V, 11 luglio 2017, n. 3415).

7.3. Anche il terzo motivo di appello va respinto.

8. Col quarto motivo si critica la sentenza nella parte in cui ha ritenuto sussistente la causa di esclusione della falsa (o quantomeno omessa) dichiarazione della società in ordine alla sussistenza dei motivi di conflitto di interesse. L'appellante deduce l'erroneità della statuizione, sia per l'insussistenza del conflitto di interesse, sia per la mancata qualificazione come dichiarazione omessa ovvero falsa e comunque per la configurabilità, tutt'al più, della prima fattispecie, con conseguente illegittimità delle sanzioni accessorie.

8.1. Col quinto motivo si critica la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che escussione della polizza fideiussoria e segnalazione all'Anac fossero state adeguatamente motivate e fossero comunque conseguenze sanzionatorie del provvedimento di annullamento della cauzione. Secondo l'appellante non vi sarebbe alcuna apposita motivazione e non ricorrerebbero le condizioni, né per escutere la garanzia provvisoria (perché sarebbe mancato un comportamento soggettivo "imputabile" a titolo di inadempimento o che la stazione appaltante abbia qualificato come tale) né per disporre la segnalazione all'Anac (perché non vi sarebbe stata alcuna dichiarazione falsa).

8.2. I motivi, che vanno trattati congiuntamente per ragioni di connessione, non sono fondati.

8.2.1. Il provvedimento impugnato motiva sulla sussistenza di una dichiarazione contraria al vero e sulla natura accessoria e consequenziale delle statuizioni concernenti escussione della polizza fideiussoria e segnalazione all'Anac.

8.2.2. Quanto alla prima, è sufficiente richiamare la ricostruzione della natura e della funzione della “garanzia provvisoria” escussa nei confronti dell'aggiudicatario ai sensi dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e le conseguenze che ne ha tratto l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella recente sentenza 26 aprile 2022, n. 7, alla cui motivazione va fatto integrale rinvio.

Per quanto qui rileva, va ribadito che:

- la garanzia provvisoria, sia in forma di cauzione che in forma di polizza fideiussoria, non ha natura sanzionatoria (dovendosi in tal senso correggere la diversa qualificazione contenuta nella motivazione della sentenza di primo grado);
- in entrambi i casi, nella fase patologica, l'incameramento della cauzione o l'escussione della fideiussione operano, infatti, in funzione compensativa, a titolo di liquidazione forfettaria dei danni relativi alla fase procedimentale;
- l'operatività della garanzia presuppone <<un “fatto” del debitore principale che viola le regole di gara che comporta – a seguito dell'eliminazione del riferimento al dolo e alla colpa grave da parte del decreto legislativo n. 56 del 2017 – la configurazione di un modello di responsabilità oggettiva, con conseguente esclusione di responsabilità nei soli casi di dimostrata assenza di un rapporto di causalità>> (così testualmente, Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/22, citata);
- non si è mai posto in dubbio che la garanzia provvisoria possa essere escussa nei confronti dell'aggiudicatario, essendo stata rimessa all'Adunanza plenaria la questione (non rilevante nel presente giudizio)

della possibilità di attivare il rimedio anche nei confronti del destinatario di una proposta di aggiudicazione.

L'aggiudicazione della gara in favore del r.t.i. -OMISSIS1- s.r.l. – -OMISSIS- s.r.l. – -OMISSIS- è stata disposta con delibera del Consiglio di Amministrazione della Consac n. 90 del 10 dicembre 2020.

L'emersione del conflitto di interesse è successiva, come riscontrato dalla nota prot. n. 25401 del 30 dicembre 2020 indirizzata al r.u.p. ing. F.L. dal direttore generale della Consac.

Il conflitto di interesse è “fatto imputabile” al r.t.i. aggiudicatario, ai sensi e per gli effetti dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, perché, nei confronti dell'impresa esso comporta la sussistenza della causa di esclusione dell'art. 80, comma 5, lett. d), sulla quale si tornerà trattando del sesto motivo di appello.

Si verte pertanto nella fattispecie tipica di escussione della garanzia provvisoria determinata dalla riscontrata carenza di uno dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicatario, che impedisce la stipulazione del contratto.

8.2.3. Quanto alla segnalazione all'Anac, le argomentazioni dell'appellante in merito all'assenza di dolo o di colpa grave rilevano nel procedimento avviato o da avviarsi da parte dell'Autorità.

I detti elementi soggettivi non sono invece rilevanti ai fini della segnalazione da parte della stazione appaltante, adottata in conseguenza del provvedimento di esclusione.

8.3. I motivi quarto e quinto vanno respinti.

9. Col sesto motivo si deduce che il conflitto di interesse non sarebbe rilevante in sé, ma sarebbe necessario che la pubblica amministrazione non sia in grado di risolverlo, non potendosi addossare all'operatore economico l'obbligo di risolvere il conflitto di interesse, sia perché potrebbe non essere a conoscenza della situazione che genera il conflitto sia perché non può essere costretto a non partecipare alla gara, limitandosi così, per un

deficit di organizzazione e/o di azione della pubblica amministrazione, il principio del *favor participationis* riconosciuto anche dall'art. 41 della Costituzione.

Pertanto, sarebbe sproporzionata la sanzione dell'esclusione, ma, tutt'al più, in caso di conferma del conflitto di interesse, il procedimento dovrebbe retroagire alla proposta di aggiudicazione, con salvezza delle fasi non intaccate dall'operato del r.u.p. (fase di ammissione e di selezione delle offerte).

9.1. Il motivo è infondato.

Rilevano, in senso contrario alle argomentazioni dell'appellante, le seguenti considerazioni:

- non si fa carico dall'operatore economico di aver evitato di prendere parte alla gara malgrado la situazione di conflitto di interesse, ma di non avere palesato quest'ultima nella fase di ammissione;
- se fosse stata tempestivamente dichiarata, dal r.u.p. o dall'operatore economico, la situazione di conflitto di interesse avrebbe potuto essere risolta dalla stazione appaltante, prendendo tempestivamente i provvedimenti adeguati, che sarebbero potuti consistere anche soltanto nella sostituzione del r.u.p. per questa specifica procedura di gara;
- quando la situazione di conflitto di interesse è stata accertata dalla stazione appaltante non era "diversamente risolvibile" che con l'esclusione dell'operatore economico aggiudicatario, proprio perché la procedura di gara era oramai pervenuta all'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, V, 28 ottobre 2019, n. 7389).

9.2. Il sesto motivo di appello va respinto.

10. Le ragioni della decisione fin qui esposte relativamente ai motivi di appello comportano il rigetto della domanda di accesso avanzata nel corso del giudizio di appello, per la parte in cui ha ad oggetto - secondo la precisazione contenuta negli scritti della società istante - il provvedimento

di archiviazione del procedimento disciplinare al quale è stato sottoposto l'ing. F.L.

Invero, l'accesso alla documentazione richiesta con istanza del 2 aprile 2021 è oramai precluso dal diniego opposto dalla Consac il 6/7 maggio 2021, non impugnato da -OMISSIS1-.

L'istanza del 23 luglio 2021 è tuttavia ammissibile con riferimento al provvedimento di archiviazione.

10.1. Nel merito, la richiesta di accesso in corso di causa deve essere "connessa" al giudizio nell'ambito del quale è avanzata (arg. ex art. 116, comma 2, cod. proc. amm.).

La connessione va intesa nel senso che l'istanza deve avere ad oggetto l'accesso a documenti la cui conoscenza sia necessaria al richiedente per curare o per difendere i propri interessi in quel determinato giudizio (arg. ex art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990), vale a dire che si deve trattare di documenti utili ai fini della decisione di merito (cfr. Cons. Stato, IV, 12 luglio 2013, n. 3759), secondo la prospettazione della stessa parte ricorrente.

Siffatte connessione e necessità vanno escluse nel caso di specie, in disparte ogni considerazione sull'ostensibilità degli atti dei procedimenti disciplinari e dei relativi provvedimenti (per di più senza che sia stato evocato in giudizio il dipendente sottoposto a procedimento disciplinare).

Infatti –incontestata essendo l'autonomia del procedimento disciplinare condotto nei confronti dell'ing. F.L. dalla Consac rispetto al procedimento di gara ed al giudizio di impugnazione dell'esclusione dell'aggiudicataria per conflitto di interesse - non sussiste alcuna pregiudizialità -nemmeno di fatto- tra il procedimento disciplinare e quest'ultimo giudizio, né quanto ai fatti emersi in quel procedimento né, a maggior ragione, quanto alle valutazioni espresse dall'organo competente a giudicare la condotta del dipendente sotto il profilo disciplinare.

In proposito, va ribadita la portata meramente oggettiva della situazione di conflitto di interesse rilevante ai sensi degli artt. 42 e 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, da riscontrare sulla base degli elementi di fatto a disposizione della stazione appaltante nel procedimento di gara di che trattasi, quali sono quelli di cui si è ampiamente detto trattando dei motivi di appello.

11. In conclusione, vanno respinti l'appello e la domanda di accesso agli atti in corso di causa. Per l'effetto, va confermata integralmente la sentenza di primo grado, restando così definitivamente assorbite le eccezioni di inammissibilità dell'appello (o di alcuni motivi di gravame) sollevate dalle parti appellate.

11.1. Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo a carico dell'appellante ed a favore delle appellate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, e sulla domanda di accesso in corso di causa, li respinge entrambi.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali in favore delle appellate, che liquida nell'importo di € 4.000,00 per ciascuna, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giuseppina Luciana Barreca

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO