

## DELIBERA N. 63

8 febbraio 2023

Fascicolo 859/2022

(da citare nella risposta)

### Oggetto

Comune di G.- Segnalazione anonima di illeciti – Conflitto di interesse - CIG omissis – Delibera.

#### Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

VISTO il D. Lgs. n. 50/2016;

VISTO il "*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*" del 4.7.2018 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 241 del 16.10.2018);

VISTE le Linee Guida 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 5.6.2019;

VISTE le comunicazioni e la documentazione acquisite nell'ambito del procedimento in oggetto;

#### CONSIDERATO IN FATTO

Con segnalazione anonima del 24.9.2021 è stato evidenziato un presunto conflitto di interesse nell'ambito dell'affidamento di un servizio di progettazione, per € 90.489,50, assegnato dal Comune di G. al RTP C.

Nella segnalazione, in particolare, si evidenziava che il RUP dell'affidamento (N.) avesse un legame di parentela con uno dei mandanti del RTI aggiudicatario (F.).

All'esito di alcuni approfondimenti istruttori, in data 27.10.2022, è stato **avviato il procedimento di vigilanza** nei confronti della stazione appaltante e del RTI aggiudicatario, contestando:

1. Violazione dell'art. 42 d.lgs. 50/2016 (conflitto di interesse), nella parte in cui il legame parentale non è stato dichiarato (né dal RUP, né dal mandante del RTI aggiudicatario) e non si è dato luogo ad astensione o sostituzione del RUP, né all'esclusione del concorrente;
2. Violazione dell'art. 71-73 del d.lgs. 50/2016, per omessa pubblicazione del bando di gara;
3. Ritardo nell'esecuzione della prestazione.

Hanno presentato **osservazioni** sia l'ente locale, che la mandataria del RTI aggiudicatario.

La stazione appaltante ha prodotto l'avviso di gara pubblicato (così superando la contestazione sub 2). In ordine al conflitto di interesse, la stazione appaltante ha affermato che il legame parentale tra il RUP e il mandante del RTI fosse notorio in ambito locale, tanto da non necessitare di alcuna dichiarazione e costituendo addirittura valutazione implicita di insussistenza di criticità. Sono dunque stati prodotti due

attestati, del sindaco e dell'assessore comunale ai lavori pubblici, a conferma del carattere notorio del legame parentale, che comunque non ha influito sull'imparzialità del RUP.

Si è altresì eccepita l'esiguità del personale comunale, che rende difficile la sostituzione del RUP, e l'esiguità della partecipazione al RTI da parte di F. (5%), tale non influenzare la gestione della procedura di affidamento.

Infine, è stata ammessa l'esistenza di taluni ritardi nell'esecuzione del servizio (complessivamente pari a 46 giorni), nonostante le ampie proroghe concesse (pari complessivamente a 45 giorni), per i quali si applicheranno le penali contrattuali previste

La mandataria del RTI aggiudicatario ha invece sostenuto:

- di non essere a conoscenza del legame parentale, ignoto anche agli altri componenti del RTI;
- che l'obbligo dichiarativo grava il mandante in proprio, in quanto attiene al possesso dei requisiti generali del singolo operatore economico;
- che l'art. 7 dpr 62/2013 limiterebbe le situazioni di conflitto ai parenti di secondo grado, mentre il RUP e F. sono parenti di quarto grado;
- che la sussistenza del legame parentale non costituisce *ex se* motivo di astensione, in quanto la partecipazione di F. al RTI è modesta (5%) e il ruolo decisionale del RUP è parimenti modesto; ciò anche perchè la valutazione delle offerte è stata svolta da una commissione, mentre la stipula avrebbe carattere "vincolato", conseguente l'aggiudicazione;
- l'insussistenza dei ritardi accumulati, stante le proroghe accordate per l'emergenza pandemica.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

Le controdeduzioni fornite dalle parti non appaiono sufficienti ad escludere le violazioni contestate, ad eccezione di quella relativa alla pubblicazione dell'avviso di gara di cui si è già detto.

### 1. Conflitto di interesse

1.1) L'Autorità, in diversi interventi, cui si rinvia per ragioni di brevità (da ultimo Delibere 589/2022 e 590/2022, ma anche Delibere 712/2021, 65/2022, 66/2022, 273/2022, 376/2022, 377/2022, nonché le Linee Guida ANAC n. 15), ha chiarito il quadro normativo di riferimento del conflitto di interesse e ha precisato gli obblighi gravanti i soggetti legati da vincolo parentale o di affinità, che rileva quale potenziale conflitto di interesse.

Le Linee Guida ANAC n. 15, par. 6.3, al riguardo, precisano che la dichiarazione di (in)sussistenza del legame è condizione per l'assunzione dell'incarico e deve essere resa in ogni caso.

Ove il legame astrattamente rilevante come ipotesi di conflitto emerga successivamente (ad esempio, dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte), il dipendente è tenuto ad astenersi oppure a comunicare la sussistenza del legame, al fine di consentire al superiore gerarchico di valutarne la eventuale sostituzione.

Tale valutazione, quindi, deve fondarsi su una dichiarazione *esplicita* della situazione di conflitto e soprattutto deve svolgersi in via *preventiva* rispetto alla attività affidata al dipendente. La finalità dell'art. 42 d.lgs. 50/2016, quale norma di pericolo, del resto, è proprio quella di evitare che le valutazioni del dipendente siano, anche solo in apparenza, influenzate da legami con il concorrente

(Cons. Stato, sez. III, n. 355/2019 e sez. V, n. 3048/2020).

1.2) Non sono pertanto condivisibili le eccezioni delle parti.

1.2.1) In primo luogo, si osserva che nel caso di specie il **legame parentale non era affatto notorio**, in quanto lo stesso mandatario del RTI concorrente ha affermato di non esserne a conoscenza.

In ogni caso, la presunta notorietà del legame (parentale) non esclude l'obbligo dichiarativo, né comporta l'implicita valutazione della sua irrilevanza, poiché in tal modo restano ignoti il soggetto che ha effettuato la valutazione e, soprattutto, la motivazione in base alla quale il legame è ritenuto irrilevante.

Risultano pertanto inidonee le attestazioni ricevute dal RUP, giunte successivamente all'aggiudicazione del contratto e all'avvio del procedimento di vigilanza.

1.2.3) In ordine alle **nozioni di parentela e affinità rilevanti ai fini del conflitto di interesse**, si osserva quanto segue.

L'art. 42 co. 2 d.lgs. 50/2016 richiama le ipotesi di astensione di cui all'art. 7 dpr 62/2016 il quale 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."*

Sul punto vale la pena richiamare anche l'art. 6 dpr 62/2013 secondo il quale *"Fermi restando gli obblighi di trasparenza previsti da leggi o regolamenti, il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando: a) se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione"*.

Le citate norme vanno lette alla luce delle nozioni civilistiche di parentela e affinità, in quanto vi è una unitarietà di fondo dell'ordinamento giuridico che consente di utilizzare nozioni e principii in modo trasversale, in assenza di una espressa deroga di settore, vieppiù considerando il richiamo di cui all'art. 30 co. 8 d.lgs. 50/2016 alle norme civilistiche.

In tal senso, l'art. 77 del c.c. dispone che *"La legge non riconosce il vincolo di parentela oltre il sesto grado, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati"*; mentre secondo l'art. 78 c.c. *"L'affinità è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge"*. Il codice civile, dunque, non stabilisce un limite di carattere generale per il vincolo di affinità, a differenza del rapporto di parentela.

Chiarita la distinzione (tra affinità e parentela), si osserva che la formulazione letterale adottata dall'art. 7 dpr 62/2013 – e richiamata dall'art. 42 co. 2 d.lgs. 50/2016 – non lascia dubbi in ordine alla volontà di *distinguere* concettualmente la nozione di *parentela* da quella di *affinità*: l'utilizzo della virgola rafforza la distinzione, mentre se il legislatore avesse voluto accomunare le due nozioni avrebbe presumibilmente adottato la congiunzione "e" tra le due fattispecie o avrebbe espressamente circoscritto la nozione civilistica di parentela. L'utilizzo della disgiuntiva "o", nel caso di specie, riflette una chiara volontà di differenziare le ipotesi di parentela da quelle di affinità.

Pertanto, seppur è nota la prassi di alcune stazioni appaltanti di limitare la rilevanza della *parentela*,

variamente al 2°, 3° o 4° grado (con ciò riflettendo una certa confusione applicativa), sulla base della esposta interpretazione letterale-sistematica delle norme di riferimento, si ritiene che la nozione di parentela rilevante ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 50/2016 includa i parenti fino al 6° grado, conseguendone un obbligo dichiarativo, ove il legame sussista.

Deve tuttavia osservarsi che non ogni legame parentale impone un obbligo assoluto e automatico di astensione o sostituzione (Delibera ANAC 273/2022) oppure di esclusione del concorrente (TAR Sicilia PA 364/2022), quanto piuttosto una valutazione concreta, caso per caso, di incidenza del legame rispetto al regolare svolgimento dell'affidamento (cfr. *amplius* par. 8-9 Linee Guida ANAC n. 15).

1.2.4) Inoltre, nel caso di specie, non assume rilievo (esimente) la circostanza che **il mandante ricopra un ruolo marginale** nell'ambito della composizione del raggruppamento (5%): in coerenza con la fattispecie di mero pericolo della norma, tale marginalità non esclude l'obbligo dichiarativo e determina comunque un potenziale vantaggio in favore del parente, che deve essere esaminato in modo esplicito dal superiore gerarchico del RUP.

Quanto al ruolo del RUP, deve osservarsi che, nel caso di specie, il N. ha nominato il seggio di gara facendone parte, ha nominato la commissione giudicatrice facendone parte, ha curato i soccorsi istruttori, ha effettuato la verifica del possesso dei requisiti, ha adottato il provvedimento di aggiudicazione approvando gli atti di gara e, infine, ha curato l'esecuzione contrattuale. Né ovviamente può assumere rilievo che talune valutazioni sono state effettuate da un organo collegiale (quale la commissione giudicatrice), in quanto l'art. 77 d.lgs. 50/2016 richiede che l'intero collegio non sia in conflitto, poiché anche la presenza di una persona in conflitto potrebbe alterare l'imparzialità (anche apparente) delle valutazioni svolte.

Quindi il ruolo del RUP nel caso di specie, è stato tutt'altro che marginale.

1.2.5) La problematica posta dalla stazione appaltante relativa alla **esiguità delle risorse impegnate** è frequentemente sollevata soprattutto dagli enti di minori dimensioni; tuttavia, non può ritenersi questione insuperabile.

In primo luogo, la gestione del conflitto di interesse costituisce una ordinaria misura di prevenzione della corruzione, da gestire con i relativi strumenti previsti dall'ordinamento, nell'ambito dei quali può prevedersi la sostituzione del dipendente in conflitto con altro dipendente (ad es. il segretario generale del comune, in caso di figure dirigenziali di enti locali).

Inoltre, quale *extrema ratio*, l'art. 80 co. 5 lett. d) d.lgs. 50/2016 prevede che ove "*la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile*", il concorrente può essere escluso (Cons. St., 5151/2020).

1.3) Pertanto, deve ritenersi che l'aggiudicazione dell'affidamento in esame e la sua successiva esecuzione siano state condotte in violazione dell'art. 42 d.lgs. 50/2016, rimettendosi alla valutazione della stazione appaltante l'adozione delle opportune iniziative, anche di autotutela, da porre in essere (cfr. Linee Guida ANAC n. 15, par. 9 e Delibera ANAC 273/2022).

## 2. Ritardo nell'esecuzione del servizio

Quanto al ritardo accumulato dall'appaltatore nell'esecuzione del servizio, si osserva che la stessa committente ha confermato che ad oggi vi è un ritardo pari a 46 giorni, rispetto al termine contrattuale pattuito di 90 giorni, comprese le proroghe già concesse (pari complessivamente a 45 giorni).

Il ritardo accumulato è molto grave, in quanto è superiore al 50% del tempo contrattuale.

Al riguardo si prende atto che, salve ulteriori eventuali inadeguatezze del progetto esecutivo, saranno applicate le relative penali contrattuali.

\*\*\*

Per tutto quanto esposto, ai sensi dell'art. 12 e 22 del *"Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici"* del 4.7.2018

### DELIBERA

- di ritenere che l'aggiudicazione dell'affidamento in esame e la sua successiva esecuzione siano state condotte in violazione dell'art. 42 d.lgs. 50/2016;
- di prendere atto che, salve ulteriori eventuali inadeguatezze del progetto esecutivo, saranno applicate le penali contrattuali previste per il ritardo nello svolgimento del servizio;
- di raccomandare all'ente locale di valutare le eventuali azioni in autotutela da assumere (cfr. Linee Guida ANAC n. 15, par. 9 e Delibera ANAC 273/2022) e, *pro futuro*, di rispettare scrupolosamente le norme indicate.

Il Comune interessato è invitato a comunicare all'ANAC le eventuali determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di **30 giorni** dalla ricezione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 4.7.2018.

*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 febbraio 2023

*Il Segretario*

*Laura Mascali*

Atto firmato digitalmente