



Delibera n. 438 del 26 settembre 2023

Fascicolo 2153/2023

Oggetto

omissis - Avviso pubblico per indagine di mercato finalizzata all'acquisizione di manifestazione d'interesse per l'individuazione di operatori economici da invitare alle procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando di gara relative ai lavori per i progetti di edilizia - Gara suddivisa in n. 3 lotti (*omissis*) - Fondi PNRR/PNC per la realizzazione dell'intervento "*omissis*".

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Vista la L. 11 febbraio 1994, n. 109;
visto il D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163;
visto il D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *ratione temporis* vigente;
visto il "*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*" del 4.7.2018, (pubblicato nella GURI – S.G. n. 241 del 16.10.2018), *ratione temporis* applicabile;
visto il preminente interesse pubblico sotteso al corretto utilizzo di fondi europei, in particolare quelli finanziati con risorse del PNRR/PNC;
viste le note istruttorie acquisite nell'ambito del procedimento di vigilanza in oggetto.

RILEVATO IN FATTO

1. PREMESSA

Con note prot. ANAC nn. 19808 del 10.3.2023 e 29692 del 17.4.2023, *omissis* S.p.a. ha formulato una richiesta di parere nell'ambito dell'affidamento in oggetto, al fine di conoscere la posizione dell'Autorità relativamente ad un possibile un conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 50/2016, *ratione temporis* vigente.

In particolare, nella richiesta di parere è stato evidenziato che *omissis* S.p.a. è soggetto privato, che agisce in qualità di Stazione appaltante nell'ambito di una compagine di progetto, rappresentata dal soggetto proponente *omissis* e costituita da diverse università ed enti di

ricerca, in relazione ad un intervento ammesso a finanziamento con risorse del PNRR/PNC per un importo complessivo pari ad € 24.500.000,00, giusta Decreto del *omissis*.

In relazione a tale intervento, è stata presentata, in data *omissis*, un'interrogazione a risposta scritta per il *omissis* a firma dell'On. *omissis*, nella quale è stata evidenziata la sussistenza di un possibile conflitto di interesse in capo alla Stazione appaltante, stante il potenziale legame tra il socio di maggioranza della *omissis* S.p.a. e gli aggiudicatari dei lotti 1 e 2 - rispettivamente *omissis* e *omissis* -, rilevato il possesso di quote azionarie di entrambe le società aggiudicatarie da parte di parenti del socio di maggioranza della stessa Stazione appaltante *omissis* S.p.a., ancorché il ruolo di RUP sia stato svolto da altro soggetto esterno.

Esaminati gli atti relativi alla procedura di gara - avente ad oggetto lavori per la realizzazione di un complesso immobiliare in prossimità della sede della *omissis* S.p.a. -, conclusasi con affidamento mediante n. 3 distinte procedure negoziate di importo complessivo pari ad € *omissis*, l'Autorità, nell'ambito delle proprie prerogative istituzionali, ha chiesto approfondimenti istruttori alla Stazione appaltante, anche in relazione ad ulteriori criticità, sintetizzabili nell'illegittimo frazionamento della procedura di affidamento, nella sussistenza di un potenziale conflitto di interesse con gli affidatari e nella violazione delle norme codicistiche in materia di progettazione e nomina del RUP.

Tutte le criticità riscontrate sono state, pertanto, compiutamente contestate alla Stazione appaltante, con la Comunicazione di Avvio del Procedimento prot. U. n. 34410 del 5.5.2023, riscontrata dalla *omissis* con nota prot. l. n. 40418 del 26.5.2023.

L'esame istruttorio dell'ulteriore documentazione trasmessa in riscontro alla Comunicazione di Avvio del Procedimento ha in parte confermato la sussistenza di alcuni profili di criticità già contestati alla Stazione appaltante nella nota prot. n. 34410 del 5.5.2023, ed ha evidenziato, al contempo, la sussistenza di ulteriori elementi di criticità, contestati alla *omissis* e comunicati ai controinteressati aggiudicatari e al *omissis* - quest'ultimo informato nella qualità di soggetto proponente - e al *omissis*, in successione della soppressa *omissis*, quale soggetto erogatore del contributo a valere sui fondi PNRR/PNC), con Comunicazione di Risultanze Istruttorie prot. U. n. 57376 del 14 luglio 2023, compiutamente riscontrata dalla *omissis* con nota prot. l. n. 60339 del 25.7.2023 e dall'aggiudicataria della gara HD01, *omissis* S.r.l., con prot. l. n. 60709 del 26.7.2023.

In accoglimento delle richieste formulate e sollecitate dalla *omissis*, in data 31 luglio 2023, innanzi all'Ufficio istruttore, si è svolta poi l'audizione degli esponenti della Stazione appaltante, della quale è stato redatto apposito verbale.

Da ultimo, con nota prot. n. 69009 del 1 settembre 2023, la Stazione appaltante ha comunicato all'Autorità di aver richiesto agli operatori economici aggiudicatari di confermare, ai sensi dell'art. 32, comma 4, d. lgs. n. 50/2016 il persistente interesse a stipulare i contratti relativi alle procedure in oggetto. In riscontro a tale richiesta, l'aggiudicataria del lotto HD 02 - *omissis* - ha comunicato di non essere più interessata all'esecuzione dei lavori in oggetto; pertanto, provvedendo tramite scorrimento della graduatoria, il RUP ha chiesto alla seconda classificata (*omissis*) di confermare il persistente interesse all'esecuzione dell'appalto, ricevendo, anche in questo caso, un rifiuto connesso alla circostanza per cui l'impresa fosse già impegnata

nell'esecuzione della procedura HD03/HD04. In conclusione, l'aggiudicazione è stata, pertanto, disposta in favore dell'impresa terza in graduatoria, *omissis* S.r.l., che ha accettato l'esecuzione dei lavori confermando il differimento del termine di vincolatività e irrevocabilità dell'offerta presentata in sede di gara.

2. GLI ESITI ISTRUTTORI E LE CONTRODEDUZIONI DELLA STAZIONE APPALTANTE

L'attività istruttoria complessivamente condotta su tutti gli atti relativi agli affidamenti in oggetto, tenuto conto delle difese e delle controdeduzioni fornite dalla Stazione appaltante, deve considerarsi conclusivamente riferita ai seguenti elementi di criticità, da ultimo contestati alla Stazione appaltante nella Comunicazione di Risultanze Istruttorie del 14 luglio 2023:

A. Violazione dell'art. 35 d. lgs. n. 50/2016 – Illegittimo frazionamento

In relazione a tale profilo, l'Autorità ha contestato alla Stazione appaltante un illegittimo frazionamento dell'appalto, in violazione dell'art. 35, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, *ratione temporis* applicabile alla procedura in esame.

È stato infatti rilevato come l'affidamento in oggetto, relativo ad un complesso immobiliare unitario, fosse stato artatamente suddiviso in tre distinte procedure, assegnate mediante altrettante procedure negoziate, ai sensi dell'art. 1 d.l. 32/2019 (come modificato dall'art. 51 d.l. 77/2021), ciascuna di importo inferiore alla soglia comunitaria (in particolare *omissis*), con conseguente effetto elusivo della normativa comunitaria. Il carattere unitario dell'intervento (ritenuto desumibile dalla premessa dell'avviso di manifestazione di interesse pubblicato in data 12.8.2022) avrebbe infatti richiesto, anche in caso di suddivisione in lotti degli affidamenti in esame, l'esperimento di procedure di affidamento sopra soglia comunitaria.

Nel controdedurre rispetto a tale criticità, contestata alla Stazione appaltante sia nella Comunicazione di Avvio del Procedimento del Procedimento prot. U. n. 344/10 del 5.5.2023, che nella citata Comunicazione di Risultanze Istruttorie, *omissis* ha preliminarmente asserito che le tre diverse opere oggetto di distinte procedure negoziate fossero funzionalmente e strutturalmente autonome, e che gli unici interventi tra loro interconnessi (*omissis*) erano stati preventivamente accorpati in un'unica procedura di affidamento, ai fini di una migliore gestione del progetto.

Per tale ragione, *omissis* ha affermato la non applicabilità dell'art. 35, comma 9, d. lgs. n. 50/2016 alla procedura di specie, per insussistenza del presupposto fattuale dell'unicità dell'opera.

La Stazione appaltante ha poi sostenuto che già in fase di redazione del progetto e di richiesta di finanziamento le quattro opere da realizzare (due delle quali successivamente accorpate) erano state concepite come distinte (dati anche i differenti quadri economici) e che il finanziamento complessivo unitario è stato erogato esclusivamente per volontà dell'*omissis*. *Omissis* ha poi richiamato, a sostegno della legittimità del proprio operato, la previsione dell'art. 3, comma 1, lett. qq) - che consente la formalizzazione di affidamenti di lotti anche mediante autonome e diverse procedure di gara - e dell'art. 35, comma 6 - sussistenza di ragioni oggettive che giustificano il frazionamento di un appalto - dell'allora vigente codice dei contratti,

nonché la circostanza per cui lo stringente cronoprogramma imposto a livello comunitario (aggiudicazione dei lavori entro il 30 settembre 2022) per l'ottenimento del finanziamento avrebbe richiesto la realizzazione di lavori in tempi brevi, con conseguente necessità di bilanciare l'esigenza di massima partecipazione con quella della celerità dell'affidamento.

Tale bilanciamento sarebbe stato raggiunto, a detta della Stazione appaltante, proprio mediante il ricorso a tre distinte procedure negoziate - per ciascuna delle quali sono pervenute oltre 30 manifestazioni di interesse e 10 offerte -, atteso che, diversamente operando, la Stazione appaltante avrebbe dovuto ricorrere alla procedura negoziata d'urgenza senza previa pubblicazione del bando, di cui all'art. 63 d. lgs. n. 50/2016, limitando così il confronto concorrenziale a soli cinque operatori economici.

B. Violazione dell'art. 42 d. lgs. n. 50/2016 – Conflitto di interessi

Sulla base delle indagini espletate dall'Ufficio istruttore con l'ausilio della Guardia di Finanza, l'Autorità ha contestato alla *omissis* un possibile conflitto di interessi tra alcuni membri del Consiglio di Amministrazione della società e gli aggiudicatari dei diversi lotti.

Più in dettaglio, anche in seguito ai chiarimenti pervenuti in riscontro alle contestazioni dell'Autorità, l'istruttoria ha evidenziato il legame di parentela tra *omissis*, componente del Consiglio di Amministrazione della Stazione appaltante, *omissis* – quest'ultimo detenente il 32% del capitale sociale della *omissis*S.r.l., aggiudicataria del lotto HD01 – e *omissis*, amministratore unico e detentore del 25% del capitale della *omissis*S.p.A., aggiudicataria in ATI del lotto HD02. Per quanto invece riguarda *omissis*, componente e vice-Presidente del Consiglio di Amministrazione di *omissis*, le indagini hanno dimostrato che lo stesso ha percepito redditi di lavoro autonomo negli anni 2010, 2013, 2015, 2016 e 2021 dalle due società aggiudicatarie in ATI del medesimo lotto HD02.

In considerazione di tali legami e della circostanza per cui il Consiglio di Amministrazione di *omissis* ha approvato all'unanimità l'aggiudicazione e ratificato l'intera procedura di gara (cfr. verbale del 29 settembre 2022), l'Autorità ha quindi contestato alla Stazione appaltante la sussistenza di un possibile conflitto di interessi in capo ai citati membri del Consiglio di Amministrazione, anche in ragione dell'assenza delle opportune dichiarazioni di insussistenza di situazioni di conflitto di interessi che gli interessati avrebbero dovuto rendere all'organo collegiale.

Nella nota di controdeduzioni prot. l. 60429 del 25 luglio 2023, *omissis* ha innanzitutto chiarito la posizione di *omissis* rispetto ai suoi rapporti lavorativi con la *omissis*S.p.A., per poi specificare che l'intera procedura di affidamento è stata gestita dal RUP e che i compiti del Consiglio di Amministrazione (e, di riflesso, del Dr. *Omissis* e della Dr.ssa *omissis*) consistevano esclusivamente nella mera ratifica formale dell'esito della procedura selettiva, anche in considerazione del criterio di aggiudicazione al minor prezzo, che non richiedeva pertanto particolari attività discrezionali o valutative.

La Stazione appaltante si è poi soffermata sulla mancanza di un'effettiva utilità delle determinazioni favorevoli dei suindicati consiglieri, atteso che, anche nel diverso caso di astensione o non partecipazione alla procedura, l'organo collegiale (composto in tutto da cinque

membri) avrebbe comunque raggiunto la maggioranza di voti necessaria per ratificare gli atti concernenti l'affidamento, in considerazione della votazione favorevole effettivamente espressa dagli altri tre consiglieri.

Con specifico riferimento alla posizione del Dr. *omissis, omissis* ha poi aggiunto che lo stesso ha espletato – in annualità non continuative dal 2010 al 2021 - prestazioni lavorative occasionali in favore delle società aggiudicatrici del lotto HD02, percependo redditi da lavoro complessivi per un importo pari a circa € 8.000,00. Ad avviso della Stazione appaltante, tale circostanza non sarebbe di per sé idonea per affermare la sussistenza di un conflitto di interessi, anche in ragione dell'irrisorietà dei compensi percepiti e del lasso di tempo intercorso tra l'aggiudicazione della procedura e i pregressi rapporti lavorativi dei consiglieri *omissis* e *omissis* con gli aggiudicatari (vedi verbale di audizione prot. 64020 del 4.8.2023).

Le contestazioni dell'Autorità sono state poi riscontrate anche dal RTI aggiudicatario del lotto HD01, *omissis*, con prot. l. n. 60709 del 26 luglio 2023. In proposito, gli aggiudicatari hanno sinteticamente escluso ogni possibile conflitto di interesse in considerazione dei rapporti di parentela di quarto grado tra la consigliera *omissis* e il socio *omissis*, asserendo che la normativa richiamata dall'Autorità fosse applicabile esclusivamente ai rapporti di parentela entro il secondo grado.

C. Violazione dell'art. 32, comma 7, d. lgs. n. 50/2016 – Mancanza di provvedimenti relativi alla verifica dei requisiti dei concorrenti/aggiudicatari

In relazione a tale contestazione, l'Autorità ha chiesto alla Stazione appaltante di approfondire i profili concernenti l'effettivo espletamento dei controlli sugli aggiudicatari, nonché le verifiche compiute sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti, elementi questi non desumibili sulla base della documentazione trasmessa.

In riscontro a tale richiesta, *omissis* ha rappresentato che i controlli previsti dalla legge non sono, allo stato, integralmente completati, essendo state acquisite solo alcune delle certificazioni richieste; ha poi chiarito che, in considerazione della particolare natura della Stazione appaltante, ente privato di ricerca, non avvezzo al settore delle gare pubbliche, la documentazione antimafia è stata acquisita dalla rappresentante *omissis*, riservandosi in ogni caso la possibilità di escludere dalla gara i concorrenti non in possesso dei requisiti previsti dalla legge, una volta accertata l'insussistenza degli stessi requisiti al termine della fase di controllo.

Da ultimo, la *omissis* si è formalmente impegnata a trasmettere nel più breve tempo possibile (e comunque prima della stipula dei contratti), tutta la documentazione necessaria a comprovare l'effettivo espletamento dei controlli sugli aggiudicatari.

D. Violazione degli artt. 30 e 107 del d. lgs. n. 50/2016 e dell'art. 1 della l. 241/1990 – Illegittimità nell'esecuzione in via d'urgenza delle opere

La contestazione dell'Autorità relativa a tale profilo è fondata sul presupposto per cui la sospensione dei lavori si presume illegittima e contraria ai principi di buona amministrazione, nella misura in cui la Stazione appaltante ha scelto comunque di affidare in via d'urgenza

l'esecuzione delle opere, pur avendo contezza della sussistenza di una causa di possibile sospensione delle stesse (il c.d. "rischio archeologico").

In proposito, *omissis* ha controdedotto che l'esecuzione in via d'urgenza sarebbe stata giustificata ai sensi dell'art. 32, comma 8, d. lgs. n. 50/2016 e sarebbe stata, pertanto, disposta entro il 31 dicembre 2022, al fine di evitare la perdita del finanziamento comunitario.

Tale consegna, del resto, sarebbe altresì legittima in considerazione della previsione dell'art. 8, comma 1, lett. a) del D.L. n. 76/2020, con la quale il legislatore ha "promosso" l'istituto della consegna in via d'urgenza quale regola ordinaria delle procedure di gara, proprio in deroga alla richiamata previsione dell'art. 32, comma 8.

Omissis ha in ogni caso precisato che l'avvio dei lavori è stato comunque caratterizzato da alcuni interventi di carattere minimale e che la sospensione degli stessi (protratta sino ad oggi) si è resa necessaria non solo in considerazione dell'ampio numero di ritrovamenti di reperti archeologici, ma anche in ragione della possibilità di introdurre alcune variante migliorative al progetto, al fine di renderlo più funzionale rispetto al contesto di riferimento; entrambe le circostanze sono state ritenute non prevedibili al momento della consegna, e perciò rientranti nella casistica di specialità di cui all'art. 107, comma 1, d. lgs. n. 50/2016.

In proposito, in sede di audizione, la stazione appaltante ha poi precisato di aver espletato per tempo le indagini archeologiche, possibile causa di sospensione della procedura, e di aver valutato, in seguito alle comunicazioni della Soprintendenza, la possibilità di eseguire gli scavi per liberare le aree oggetto di cantierizzazione e procedere contestualmente alla realizzazione delle opere.

In relazione alla possibilità di introdurre varianti è stato invece chiarito che ogni valutazione sul punto è ad oggi sospesa e che non è stato adottato alcun atto o provvedimento formale relativo alle stesse.

Omissis ha infine asserito che, le attività esecutive ripartiranno presumibilmente nel corrente mese di settembre 2023 e che sarà rispettato lo stringente cronoprogramma convenzionale, che prevede l'ultimazione delle opere entro il 30 giugno 2026.

CONSIDERATO IN DIRITTO

3) Sulla base della esposta ricostruzione in fatto, dell'istruttoria condotta e dei vari riscontri forniti dalla Stazione appaltante, si formulano le seguenti contestazioni conclusive del procedimento.

3.1) Criticità connesse all'illegittimo frazionamento della procedura di affidamento, in violazione dell'art. 35 d. lgs. n. 50/2016

Tale criticità non può considerarsi superata dalle controdeduzioni fornite dalla Stazione appaltante.

In primo luogo, si richiamano le medesime contestazioni già trasmesse alla Stazione appaltante nella richiamata comunicazione di risultanze istruttorie del 14 luglio; deve dunque considerarsi pienamente applicabile la disposizione di cui all'art. 35, comma 9, del d. lgs. n. 50/2016 alla procedura di specie, in considerazione dell'unitarietà dell'opera complessiva da realizzare, come

del resto confermato dalla stessa *omissis* nella memoria trasmessa all'Autorità (cfr. p. 9 – *"l'intervento...è stato opportunamente suddiviso in tre corpi...fermo restando che il finanziamento, la realizzazione dei lavori, la natura e le clausole di concessione sono uniche"*) e nella premessa contenuta nell'avviso pubblico per indagine di mercato (cfr. p. 1 – *"fermo restando che il finanziamento, la realizzazione dei lavori, la natura e le clausole di concessione sono uniche"*). Ancora, si osserva in proposito che la progettazione esecutiva è stata affidata, svolta, verificata e validata in modo unitario e che l'intera procedura di affidamento è caratterizzata da unitarietà degli atti adottati (un unico bando, unico verbale di aggiudicazione, unica approvazione ecc.). Nella relazione progettuale tecnico-descrittiva generale, in atti, si legge poi che *"il complesso esistente è costituito allo stato attuale da numerosi edifici interconnessi tra loro con destinazioni d'uso complementari (ricerca, formazione, sviluppo)"* e che *"il partenariato proponente l'Ecosistema omissis ha deciso di implementare il recupero dell'intero complesso, prevedendo una serie di attività integrate che si tramutano in sintesi nei seguenti interventi..."* (p. 9).

In aggiunta, l'unitarietà delle lavorazioni è ulteriormente comprovata da una serie di documenti di gara acquisiti in atti, quali il verbale di approvazione dell'aggiudicazione da parte del Consiglio di Amministrazione, il verbale n. 2 del RUP ecc.

Le relazioni progettuali in atti evidenziano poi il chiaro nesso funzionale tra i tre blocchi costruttivi, destinati ad attività inevitabilmente interconnesse, quali le attività di *omissis*, di *omissis* e varie attività di carattere tecnico-pratico *omissis*.

Pertanto, nonostante le memorie difensive della controparte precisino che la destinazione d'uso e le caratteristiche costruttive degli edifici siano distinte, appare chiaro il nesso funzionale tra i diversi blocchi costruttivi, con la conseguenza per cui deve trovare applicazione l'art. 35, comma 9, d. lgs. n. 50/2016, con conseguente obbligo per la stazione appaltante di indire una procedura di gara sopra soglia comunitaria in funzione del rideterminato valore dell'appalto.

Non convincono, sul punto, le sopra richiamate controdeduzioni della Stazione appaltante, fondate proprio sulla previsione dell'art. 3, comma 1 lett. qq) del d. lgs. n. 50/2016, sulla sussistenza di un motivo oggettivo giustificante il frazionamento (art. 35, comma 6) e sulla qualificazione degli interventi aggiudicati quali distinti lotti funzionali da aggiudicare con procedure diverse.

Partendo dalla definizione di lotto funzionale, l'art. 3 comma 1 lett. qq) del previgente Codice lo qualifica quale *"specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti"*; tale previsione, che consente espressamente di aggiudicare i distinti lotti funzionali con autonome procedure di affidamento, deve tuttavia essere letta in combinato disposto con l'art. 35, comma 9, d. lgs. n. 50/2016.

Ai sensi di tale disposizione, quando la realizzazione di un'opera prevista può dare luogo ad appalti aggiudicati per lotti distinti, *"è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti"* (lett. a), e, nel caso in cui il valore cumulato di tali lotti sia pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, le disposizioni codicistiche *"si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto"* (lett. b). Viene poi in rilievo la previsione del comma 6 della medesima disposizione

(richiamato anche dalla Stazione appaltante), per cui *"un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino."*

Al riguardo, sulla scorta di un consolidato orientamento, le Linee Guida n. 4 dell'ANAC avevano già precisato che *"al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo"*.

Inoltre, con delibera ANAC n. 658/2018 si era osservato che la possibilità di frazionamento in lotti si pone, sotto il profilo normativo, *"in funzione di dialettica contrapposizione con l'espresso divieto di artificioso frazionamento dell'oggetto dell'appalto"*. In altri termini, *il frazionamento in lotti appare consentito fino al limite del divieto volto a evitare elusioni della disciplina comunitaria da parte delle stazioni appaltanti che potrebbero suddividere un unico contratto di valore pari o superiore alla soglia comunitaria, al fine di ottenere lotti di valore inferiore, che astrattamente potrebbero essere aggiudicati con procedure meno competitive di quelle previste per i contratti "sopra soglia". (...) La stazione appaltante, pertanto, pur essendo libera di frazionare l'appalto, deve considerare i lotti come parte di un progetto di acquisizione unitario al fine di determinare la soglia comunitaria e la connessa procedura di gara. La stazione appaltante, in particolare, dovrà fare riferimento alle procedure corrispondenti al valore complessivo dell'affidamento, dato dalla somma del valore dei singoli lotti (cfr. Cons. St, sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681; Cons. St, sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1101; Cons. St., sez. V, n. 4767 del 2 ottobre 2008; Tar Lazio, sez. III, n. 1722 del 7 marzo 2006)"* (AVCP, Parere sulla normativa del 24 aprile 2013, rif. AG 02/13). In sostanza, il rispetto della disciplina risulta assicurato, in caso di suddivisione in lotti, garantendo che i medesimi vengano considerati come parti di un'opera unitaria al fine di determinare la soglia europea (cfr. Cons. St., sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669). In modo ancor più esplicito, *"la suddivisione in lotti di un'opera unitaria [...] impone l'applicazione comunque del diritto comunitario, se la somma degli importi dei singoli lotti supera la soglia comunitaria"* (Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1101, ma anche id., sez. VI, 18 maggio 2004, n. 3188)"

Sotto altro e convergente profilo, pure richiamato dalla più recente Delibera dell'Autorità n. 359 del 5 maggio 2021, è stato osservato che le ragioni giustificatrici il frazionamento dell'appalto ai sensi dell'art. 35, comma 6, d. lgs. n. 50/2016 non possono essere adottate dalla Stazione appaltante laddove non supportate da una puntuale motivazione delle scelte relative alla definizione del fabbisogno e computo della base d'asta (in termini analoghi, Consiglio di Stato sez. V, 5 ottobre 2011, n. 5445 e Delibera ANAC 34/2020).

Alla luce delle considerazioni che precedono, pur volendo aderire all'impostazione proposta dalla Stazione appaltante che qualifica le opere da costruire come diversi lotti funzionali, si osserva che *omissis* avrebbe dovuto comunque sommare gli importi delle singole procedure e, verificato il superamento della soglia prevista dall'art. 35, comma 1, d. lgs. n. 50/2016, applicare la normativa prevista per gli affidamenti sopra soglia comunitaria, anche in considerazione del fatto che nei documenti introduttivi di gara non è emersa alcuna motivazione a giustificazione

del frazionamento (come invece richiesto dal comma 6 dell'art. 35 citato) e che il legame tra i diversi affidamenti risulta dai plurimi elementi prima richiamati.

Tale giustificazione non può neppure essere rinvenuta nella scelta di *omissis* di ricorrere a tre distinte procedure negoziate in ottica di concorrenza e *favor participationis*, come invece sostenuto nelle controdeduzioni della stessa Stazione appaltante, per la quale, l'alternativa al frazionamento sarebbe stata rappresentata dal ricorso alla procedura d'urgenza (connessa alla perdita del finanziamento comunitario) senza previa pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 63 d. lgs. n. 50/2016, con conseguente limitazione del confronto concorrenziale a soli cinque operatori economici, in luogo dei 30 che hanno manifestato interesse per ciascun lotto (vedi avviso manifestazione di interesse).

Infatti, ove ritenuto direttamente applicabile, lo stesso art. 63 avrebbe richiesto (comma 6) una preventiva indagine di mercato con consultazione di "*almeno*" 5 operatori economici, con la conseguenza per cui ben avrebbe potuto la Stazione appaltante procedere allo stesso modo, invitando a presentare offerta un numero maggiore di operatori economici, anche in considerazione del criterio di aggiudicazione al minor prezzo, che avrebbe consentito una selezione accelerata delle offerte eventualmente pervenute.

3.2) Criticità connesse al conflitto di interessi, in violazione dell'art. 42 d. lgs. n. 50/2016

Preliminarmente si osserva che, sulla base dei chiarimenti forniti dalla Stazione appaltante, non sussistono criticità in ordine al rapporto lavorativo intercorso tra la consigliera *omissis* e la società *omissis* S.p.A., anche in considerazione della risalenza dello stesso in epoca di gran lunga antecedente alla ratifica degli atti concernenti gli affidamenti in oggetto.

Diversamente, si ritengono pienamente confermate tutte le contestazioni relative alle altre situazioni di conflitto di interessi, come comunicate alla Stazione appaltante nella comunicazione di risultanze istruttorie del 14 luglio.

Per quanto concerne la consigliera *omissis*, in particolare, sono noti e dimostrati i rapporti di parentela con *omissis* (socio al 32% della *omissis* S.r.l., aggiudicataria del lotto HD01) e con *omissis* (amministratore unico e detentore del 25% del capitale della *omissis* S.p.A., aggiudicataria in ATI del lotto HD02). In proposito, l'Autorità ha chiarito, sia in sede regolatoria (Linee Guida n. 15) che di vigilanza (Delibere 712/2021, 65/2022, 66/2022, 273/2022, 376/2022, 377/2022), il quadro normativo di riferimento del conflitto di interessi e ha precisato gli obblighi gravanti sui soggetti legati da vincolo parentale o di affinità, che rileva quale potenziale conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 50/2016.

Il comma 2 della citata disposizione, infatti, individua una situazione di conflitto di interesse nei casi in cui "*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, 62".

La norma da ultimo citata contiene dunque un richiamo espresso all'art. 7 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 62/2013, che a sua obbliga il dipendente ad astenersi *"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."*

In argomento, occorre poi ribadire che il personale della Stazione appaltante è tenuto a rendere le opportune dichiarazioni di insussistenza di situazioni di conflitto di interesse e, in ogni caso, a dichiarare la situazione di conflitto allorquando questa emerga. Come evidenziato nelle Linee Guida n. 15 (Delibera ANAC n. 494/2019), **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), nonché, allorquando le funzioni di Stazione appaltante siano svolte da una società, valevoli per i dipendenti privati, tenuti all'osservanza del cosiddetto "Modello 231", nonché del codice etico aziendale (Linee Guida ANAC n. 15, par. 7.2).

Il quadro istruttorio ha dunque evidenziato un palese conflitto di interessi in capo alla consigliera *omissis*, parente di due soci delle due società aggiudicatrici delle gare HD01 e HD02, conflitto questo non dichiarato e per il quale non risulta agli atti alcuna richiesta di astensione o di esclusione dal processo decisionale di competenza del consiglio di amministrazione.

Tale situazione di illegittimità è del resto implicitamente confermata dalla stessa Stazione appaltante e dalle pronunce giurisdizionali da questa richiamate nella nota di riscontro alla comunicazione di risultanze istruttorie: nella nota di riscontro prot. n. 60429, *omissis* cita testualmente il parere n. 667 del 5.3.2019 del Consiglio di Stato, per il quale *"occorre distinguere situazioni di conflitto di interessi da un lato conclamate, palesi e soprattutto tipizzate (quali ad esempio i rapporti di parentela o coniugio)...i casi tipici di conflitto di interesse non necessitano di sforzi ermeneutici per essere individuati, perché il legislatore ha già individuato presupposti e condizioni utili al riguardo..."*.

Alla luce di quanto sopra, emerge dunque una tipica, chiara e lampante ipotesi di conflitto di interessi in capo alla consigliera *omissis*, che tra l'altro non ha comunicato all'organo collegiale la propria situazione di fatto, né si è astenuta o ha chiesto di non prendere parte alla votazione del consiglio di amministrazione in ordine all'approvazione dell'aggiudicazione e ratifica degli atti di gara.

Il conflitto di interessi in parola, del resto, neppure può considerarsi escluso sulla base delle controdeduzioni fornite dal RTI aggiudicatario *omissis* con prot. l. n. 60709 del 26 luglio 2023, per le quali il riferimento ai conflitti di interesse andrebbe valutato entro i rapporti di parentela fino al secondo grado, mentre la consigliera *omissis* sarebbe stata legata al socio *omissis* da un rapporto di parentela di quarto grado.

In proposito, si richiama la precedente Delibera dell'Autorità n. 63/2022, per la quale, in ordine alla nozione di parentela rilevante ai fini del conflitto di interesse - premesse le definizioni civilistiche di "*parentela*" e "*affinità*" di cui agli artt. 77 e 78 c.c. - la formulazione letterale richiamata dall'art. 42, comma 2, d. lgs. n. 50/2016 non lascia dubbi in ordine alla volontà di distinguere concettualmente le due nozioni: 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 invece 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 (nel qual caso sarebbe comunque censurabile la posizione della consigliera), "*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*".

Contestazioni distinte valgono in relazione alla posizione del consigliere *omissis*, che ha svolto occasionalmente attività di lavoro autonomo in favore di alcune società aggiudicatrici delle procedure in oggetto. Pur escludendo in questo caso la sussistenza di un conflitto di interesse in capo allo stesso consigliere per le ragioni giuridiche sopra espresse (risalenza dei rapporti, esiguità degli stessi, insussistenza concreta di un vantaggio derivante dai pregressi rapporti, tra l'altro esauriti un anno prima dell'espletamento della procedura di gara), si contesta al Dr. *omissis* l'omessa dichiarazione in ordine alla situazione di potenziale conflitto di interesse.

In proposito, devono intendersi qui richiamate le già citate disposizioni dell'art. 6 DPR n. 62/2013 e dalle Linee Guida ANAC n.15, per le quali il personale della stazione appaltante è tenuto a rendere la dichiarazione di (in)sussistenza di situazioni di conflitto di interesse al momento dell'assunzione dell'incarico: "*tale obbligo, per quanto potrebbe sembrare di natura formale, responsabilizza il dipendente (facendogli assumere tutte le conseguenze, di qualsivoglia natura, in caso di falsa dichiarazione) ed è strumentale all'emersione di astratti conflitti di interesse che è precipuo compito dell'amministrazione valutare (costituendo, detta valutazione, una specifica modalità di gestione del rischio)*"(cfr. Delibera Anac n. 273/2022).

In aggiunta, in relazione alla posizione di entrambi i consiglieri, non possono condividersi le giustificazioni addotte dalla Stazione appaltante, per le quali si tratterebbe di contestazioni meramente formali, atteso che l'approvazione da parte del consiglio di amministrazione sarebbe avvenuta ugualmente, anche con l'astensione dei consiglieri indicati, data la votazione favorevole degli altri tre consiglieri intervenuti.

In riferimento alla nozione di conflitto di interesse può ritenersi consolidato, anche in giurisprudenza, un orientamento secondo il quale *"le ipotesi di cui all'articolo 42, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 si riferiscono a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale e si verificano quando il "dipendente" pubblico ovvero anche un soggetto privato che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni"* (Delibera ANAC 647/2021; Delibera ANAC 132/2021; Delibera ANAC 80/2020; Delibere ANAC 65/2022 e 66/2022; in termini Cons. St., V, 6150/2019; Cons. Stato, VI, 13.2.2004, n. 563; Cons. Stato, sez. V, 11.7.2017, n. 3415; TAR Campania, SA, 1219/2021; TAR Lazio Roma, III ter, 10186/2019). E ancora: *"in linea con quanto da ultimo affermato, in ordine allo schema di linee guida ANAC in materia, da Cons. Stato (atti norm., n. 667/2019), 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 ... per le sue descritte caratteristiche funzionali, la disposizione in parola 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"* (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 355/2019, sez. V, n. 3048/2020, sez. V, n. 7389/2019, sez. III, n. 5151/2020, TAR Salerno sent. n. 1219/2021).

Ne consegue che, in accordo con la prevalente giurisprudenza, l'art. 42 del previgente codice degli appalti è fattispecie di pericolo, in quanto norma volta ad evitare che il dipendente possa operare in situazioni di parzialità, anche solo percepita come tale dai terzi, **a prescindere dalla effettiva capacità di incidere sullo specifico provvedimento da parte del soggetto in conflitto**. L'ampia portata del secondo comma del citato art. 42 consente poi di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che con qualsiasi modalità e anche senza intervenire nella procedura (predisponendone o approvandone gli atti, facendo parte della commissione giudicatrice ecc.) siano in grado di influenzarne il risultato oppure la fase esecutiva del contratto (Delibera ANAC 25/2020; Cons. Stato, V, 12.09.2019, n. 6150; Cons. Stato, V, 14.05.2018, n. 2853; Cons. Stato, V, 03.09.2018, n. 5158 TAR Salerno 1219/2021).

In tal senso, non escludono né la sussistenza del conflitto né la violazione degli obblighi dichiarativi le eccezioni di parte relative alla concreta inutilità e irrilevanza del voto espresso dai consiglieri *omissis* e alla semplice attività formale di ratifica in capo al consiglio di amministrazione, atteso che, stante l'ampia portata dell'art. 42, gli stessi avrebbero potuto astrattamente incidere, con la loro condotta, tanto sulla fase di aggiudicazione, quanto, *pro futuro*, su quella di esecuzione del contratto.

3.3) Criticità connesse alla mancanza di provvedimenti relativi alla verifica dei controlli sui concorrenti/aggiudicatari, in violazione dell'art. 32, comma 7, d. lgs. n. 50/2016

In relazione a tale contestazione, preliminarmente, l'Autorità prende atto di quanto comunicato dalla Stazione appaltante in ordine all'espletamento dei controlli, in parte conclusi, in parte delegati al *omissis* e in parte in fase di espletamento, e del conseguente impegno assunto dalla stessa nel trasmettere la documentazione comprovante il relativo effettivo adempimento nell'immediatezza dell'ultimazione degli stessi controlli.

Tuttavia, in proposito preme ribadire che, in applicazione dei principi di buona amministrazione, di economicità, efficacia e tempestività ripetutamente richiamati nel codice dei contratti pubblici, pur non potendo considerare il termine per la stipula del contratto inderogabilmente perentorio, *"l'intera normativa nella materia dei contratti pubblici converge univocamente nel senso di ritenere la conclusione del contratto un adempimento da definirsi nel tempo più rapido possibile"* (cfr., in termini, Consiglio di Stato, Sez. III, 21/06/2023, n. 6074).

La stazione appaltante ha, pertanto, **il dovere di effettuare tempestivamente i controlli sugli aggiudicatari**, anche al fine di non pregiudicare le esigenze sottese all'esecuzione di lavori che ha mosso la stessa amministrazione a procedere in tempi brevi e che è stata posta a giustificazione dell'indizione della procedura selettiva accelerata. In questa prospettiva, la verifica dei requisiti rappresenta una condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione già approvata, *"la quale, da un lato, fa sorgere in capo all'affidatario un'aspettativa alla stipulazione del contratto di appalto ex lege subordinata all'esito positivo della verifica stessa, dall'altro, produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante o altre vicende non prevedibili, del "bene della vita" rappresentato dall'aggiudicazione della gara"* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2019, n. 1710).

Riguardo il momento entro cui deve svolgersi la verifica, benché l'art. 32, comma 7, del d. lgs. n. 50/2016 nulla preveda a riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che tale fase deve concludersi, ai sensi dell'art. 32, comma 8, (e anche dell'attuale formulazione del vigente art. 18, comma 2, d. lgs. n. 36/2023), **nel termine "ordinatorio-acceleratorio" di 60 giorni** dettato nell'interesse dell'aggiudicatario e, più in generale, per la certezza dei rapporti giuridici ed economici.

Alla luce di quanto sostenuto, si raccomanda alla stazione appaltante, anche *pro futuro*, una maggiore tempestività nell'espletamento dei controlli di legge, considerato che, in disparte le vicende connesse all'esercizio del potere di vigilanza dell'Autorità, l'aggiudicazione è stata approvata in data 29.9.2022 e che, alla data dell'avvio della interrogazione parlamentare e della conseguente richiesta di parere (marzo 2023, quasi 6 mesi dopo), nessun contratto risultava (né risulta tuttora) ancora stipulato non essendo i controlli ancora conclusi.

3.4) Criticità connesse alla esecuzione in via d'urgenza dei lavori e alla conseguente sospensione degli stessi, in violazione degli artt. 30 e 107 del d. lgs. n. 50/2016 e dell'art. 1 della l. 241/1990.

Tale criticità può considerarsi superata in seguito alle motivazioni, fattuali e giuridiche, esposte dalla stazione appaltante in sede di audizione e di riscontro alla comunicazione di risultanze istruttorie.

Tuttavia, sul punto, l'Autorità non può esimersi dal rilevare un'oggettiva criticità connessa alla fase esecutiva del contratto.

Infatti, in accordo con il sopra citato cronoprogramma del finanziamento, i lavori dovrebbero essere ultimati entro il 30 giugno 2026; ad oggi, tuttavia, anche per circostanze non strettamente dipendenti dalla volontà della Stazione appaltante, i contratti non risultano ancora stipulati e i lavori risultano ancora sospesi, nonostante il decorso di oltre 9 mesi dall'avvio degli stessi. In altre parole, in disparte ogni possibile valutazione sull'effettiva bontà della progettazione esecutiva espletata dalla Stazione appaltante e sulla preventiva contemplazione dei possibili rischi archeologici, la sussistenza di elementi quali la tardiva stipula dei contratti - in parte ascrivibile ad un non tempestivo espletamento dei controlli-, la richiesta del parere con conseguente avvio del procedimento di vigilanza, gli approfondimenti richiesti dalla Soprintendenza e lo stato di fatto in cui si trovano i luoghi oggetto di realizzazione delle opere non ha, nei fatti, consentito l'avvio dei lavori (se non in forma del tutto embrionale), nonostante il decorso di quasi un quarto del tempo stimato per la conclusione degli stessi.

Per tutto quanto esposto, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 26 settembre 2023, ai sensi dell'art. 12 e 22 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018, *ratione temporis* applicabile

DELIBERA

che gli affidamenti in oggetto sono caratterizzati dalle suesposte criticità, meglio descritte ai paragrafi 3.1), 3.2), 3.3) e 3.4) ai quali nel merito si rinvia.

Raccomanda, pertanto, alla Stazione appaltante di tenere conto, anche *pro futuro*, delle osservazioni dell'Autorità e di provvedere ad un'applicazione rigorosa della disciplina di settore, nonché di valutare le eventuali azioni da assumere in autotutela nel rispetto delle norme indicate in materia di frazionamento dell'appalto, di conflitti di interesse, di tempestività nell'espletamento dei controlli sugli aggiudicatari e, in via generale, di congruità nei tempi di esecuzione contrattuale.

Invita la *omissis* S.p.a. a comunicare all'Autorità le eventuali determinazioni che intende assumere al riguardo, entro il termine di **30 giorni** dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del predetto Regolamento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 6 ottobre 2023

Il Segretario Verbalizzante, Laura Mascali

Atto firmato digitalmente