

Il conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2 del d.lgs. 50/2016 e la conseguente esclusione ex art. 80, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016

di Giovanni Corbyons

Data di pubblicazione: 20-2-2017

1) Ai sensi dell'art. 42, comma 2 del codice dei contratti pubblici "si ha conflitto di interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della Stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzare, 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'art. 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62".

2) L'art. 42, comma 2, del codice dei contratti pubblici si riferisce al personale in senso lato, cioè non solo a soggetti titolari di un contratto di lavoro dipendente con gli enti coinvolti, ma anche, a maggior ragione, a coloro i quali, rivestendo una influente posizione sociale o di gestione amministrativa, hanno giocoforza un maggior interesse finanziario, economico o altro interesse personale.

3) Il riferimento alle ipotesi previste dall'art. 7 del Decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013 n. 62, costituisce un rinvio ampliativo ed esemplificativo e non limitativo, come si evince dall'uso della locuzione "in particolare".

4) Il conflitto di interessi rende illegittima la partecipazione alla gara con conseguente obbligo di esclusione dell'impresa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. d) del codice dei contratti pubblici.

5) Ai sensi dell'art. 122 c.p.a., dall'annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata esclusa, deve conseguire l'aggiudicazione in favore della ricorrente, seconda classificata, con conseguente subentro nel contratto in corso di esecuzione, per le porzioni temporali residue e alle condizioni offerte dalla ricorrente stessa.

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta il tema del conflitto di interesse in sede di gara ai sensi **dell'art. 42, comma 2**, del d.lgs. n. 50/2016.

La società ricorrente, infatti, lamenta una situazione di **conflitto di interesse** visti i rapporti familiari intercorrenti tra l'organo di amministrazione della società incaricata della predisposizione degli atti di gara e quello della società aggiudicataria.

La citata norma prevede il conflitto di interesse nel caso in cui il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi, che interviene in una procedura di aggiudicazione, ha un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può minacciare la sua imparzialità in sede di gara. In particolare, costituiscono situazioni di conflitto quelle che determinano l'obbligo di astensione ai sensi **dell'art. 7 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 62/2013**.

Afferma il Tar Pescara che l'art. 42, comma 2 del codice dei contratti pubblici si riferisce al "*personale*" inteso in senso lato. Esso comprende, infatti, sia coloro che sono titolari di un contratto di lavoro con gli enti coinvolti nella gara sia i soggetti che, per la loro posizione sociale o amministrativa ricoperta, hanno un notevole interesse finanziario, economico o altro interesse personale.

Il conflitto di interessi, inoltre, determina la illegittimità della partecipazione alla gara con conseguente **obbligo di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. d)** del codice dei contratti. Tale norma, infatti, prevede l'obbligo di esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto per l'operatore economico che versi in una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile.

Nel caso in esame, inoltre, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, è stata disposta l'aggiudicazione in favore della ricorrente con conseguente subentro nel contratto in corso di esecuzione, come previsto **dall'art. 122 c.p.a.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 235 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Unipolsai Assicurazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e

difesa dall'avvocato Diego De Carolis, con domicilio eletto presso il suo studio in Pescara, c.so Vittorio Emanuele II, 161;

contro

Tua S.p.A. - Trasporto Unico Abruzzese, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Tiziana Di Lorito, Pietro Referza, con domicilio eletto presso lo studio Paola Di Lorito in Pescara, via Caravaggio,174;

nei confronti di

Società Cattolica di Assicurazione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Emanuele Grippo, Gaetano Alfarano, Stefano Durante, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Durante in Pescara, piazza della Rinascita, 65;

Dughera Assicurazioni Group S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Acerbo, Gianni Piscione, con domicilio eletto presso lo studio Gianni Piscione in Pescara, via Parco Nazionale D'Abruzzo N. 5;

per l'annullamento

dei verbali n. 1 del 09 giugno 2016 e n. 2 del 14 giugno 2016 con i quali la Commissione giudicatrice della procedura aperta per l'affidamento dei servizi assicurativi RCA e All Risks di TUA S.p.A. nella parte in cui ha ammesso la società controinteressata alla suddetta gara; dell'avviso di gara pubblicato sul sito TED Europa.eu; del Disciplinare di Gara n. 331/2016 pubblicato sul sito della stazione appaltante; di tutti gli atti generali, strumentali e istruttori.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tua S.p.A. - Trasporto Unico Abruzzese, della Società Cattolica di Assicurazione e di Dughera Assicurazioni Group S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2016 il dott. Massimiliano Balloriani e uditi l'avv. Diego de Carolis per la società ricorrente, l'avv. Pietro Referza per la parte resistente, gli avv.ti Gianni Piscione e Gaetano Alfarano per le società controinteressate;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Considerato che la ricorrente ha impugnato i verbali della procedura aperta per l'affidamento con il metodo del prezzo più basso dei servizi assicurativi RCA e "all risks" di TUA S.p.A. società unica abruzzese di trasporto (gara numero 331 del 2016, lotto 1 RCA), indetta con bando pubblicato in GUCE n. 88 del 6 maggio 2016; e con motivi aggiunti ha esteso l'impugnazione al provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata Società Cattolica Assicurazioni.

Che, tra l'altro, la ricorrente ha denunciato che tra la Gesti.ass. S.r.l, cioè il broker incaricato dalla società pubblica resistente del servizio di consulenza e di redazione e/o collaborazione nel predisporre gli atti di gara, e la Cattolica vi sarebbero legami dovuti ai componenti delle due compagini societarie.

Che viene pertanto denunciato un conflitto di interessi, sanzionato con l'obbligo di esclusione, tra il Broker incaricato dalla stazione appaltante della predisposizione degli atti di gara e la società Cattolica; con conseguente contrasto con gli art. 42 e 80 del codice dei contratti pubblici, e quindi l'illegittimità dell'ammissione alla gara di Cattolica e il conseguente obbligo di escluderla e di aggiudicare la gara alla ricorrente stessa;

che, in particolare, vengono indicati specifici rapporti societari e familiari che intercorrerebbero fra l'organo di amministrazione di quest'ultimo Broker Gesti Ass. S.r.l. e quello di un'agenzia generale di Cattolica Assicurazione (Dughera Assicurazioni Group S.r.l.), la quale, verosimilmente, sarà la beneficiaria delle provvigioni, atteso che materialmente rilascia le polizze assicurative e gestisce sul territorio il rapporto assicurativo, curando l'esecuzione del contratto di servizio;

che più in particolare viene dettagliatamente allegato che tra i tre membri del consiglio di amministrazione della Dughera srl sono presenti, oltre a tale Dughera Chiara, anche l'amministratore unico e socio maggioritario (con il 98,33%) della società Fel Fin srl che detiene il 76% delle quote del Broker Gesti Ass srl (e di cui è membro del consiglio di amministrazione) cioè Dughera Gianfilippo (l'altro socio, per il restante 24%, Carini Maria Rosaria, potrebbe esserne il coniuge, ma ciò viene esposto in modo dubitativo) e Giudo Ciuffo, qualificato come delegato di Cattolica;

che in sostanza ci sarebbero identità soggettive e legami personali tra alcuni componenti del consiglio di amministrazione di Dughera srl, agente della concorrente aggiudicataria Cattolica, e del consiglio di amministrazione del Broker Gest Ass srl che ha concorso alla preparazione degli atti di gara;

che non appare necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti del Broker Gesti Ass srl, atteso che il medesimo non riceve un danno immediato e diretto dall'eventuale accoglimento del presente ricorso;

che, nel merito, l'Amministrazione resistente si difende non contestando specificamente i legami enunciati dalla ricorrente, ma evidenziando che in concreto nessun vantaggio

competitivo si sarebbe determinato in favore di Cattolica, atteso il notevole ribasso di prezzo dalla medesima operato e il sistema meccanico di aggiudicazione;

rilevato che Cattolica ha peraltro ammesso esplicitamente che Dughera Assicurazioni srl è un proprio agente e non ha contestato i fitti rapporti societari e familiari esistenti tra la compagine gestionale di tale agente e quella del Broker incaricato della predisposizione degli atti di gara (cfr. pag. 7 della memoria del 13 luglio 2016);

che TUA spa ha ammesso che il Broker Gesti Ass srl ha partecipato ai lavori preparatori dell'appalto pubblico come consulente scelto a seguito di procedura selettiva specifica (cfr. pag. 2 della memoria di costituzione);

che, ai sensi dell'articolo 42 comma 2 del codice dei contratti pubblici, "Si ha conflitto di interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della Stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzare, 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.";

che il riferimento alle ipotesi previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62, costituisce un rinvio ampliativo ed esemplificativo e non limitativo, come si evince dall'uso della locuzione "in particolare";

che l'articolo 42 cit. si riferisce al personale ma in senso lato, cioè non solo a soggetti titolari di un contratto di lavoro dipendente con gli enti coinvolti, ma anche, a maggior ragione, a coloro i quali, rivestendo una influente posizione sociale o di gestione amministrativa, hanno giocoforza un maggior "interesse finanziario, economico o altro interesse personale";

che, nel caso di specie, a tacer d'altro, un membro su tre del consiglio di amministrazione (nella persona di Dughera Gianfilippo) è comune sia al Broker che ha curato la predisposizione degli atti di gara sia ad una società agente della candidata vincitrice (il cui amministratore delegato, peraltro, è stato delegato dalla Cattolica a rappresentarla nelle fasi pubbliche di gara, come si evince dai verbali n. 1 del 9 giugno 2016 e n. 2 del 14 giugno 2016);

che l'obbligo di astensione, come noto, da un punto di vista del diritto amministrativo, è posto a tutela di un pericolo astratto e presunto che non richiede la dimostrazione, volta per volta, del vantaggio conseguito con l'omessa astensione;

che tale conflitto d'interessi ha pertanto resa illegittima la partecipazione della controinteressata Cattolica, con conseguente obbligo di esclusione della medesima ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lett. d) del codice dei contratti pubblici;

che la ricorrente, seconda classificata, chiede anche la dichiarazione di inefficacia del contratto

e il subentro nell'esecuzione del servizio;

che il contratto è stato stipulato e l'aggiudicataria esegue il servizio dal 30 giugno 2016 (pag. 1 memoria Cattolica del 16 novembre 2016), e che esso ha durata fino al 30 giugno 2019, con facoltà di rinnovo per ulteriore triennio;

ritenuto, ai sensi dell'articolo 122 cpa, che dall'annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, che doveva essere esclusa per le ragioni indicate, debba conseguire l'aggiudicazione in favore della ricorrente, seconda classificata, con conseguente subentro nel contratto in corso di esecuzione, per le porzioni temporali residue e alle condizioni offerte dalla ricorrente stessa;

ritenuto che le spese, liquidate in dispositivo, debbano seguire il criterio della soccombenza nei confronti dell'Amministrazione resistente e possano essere compensate con la controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati e dichiara inefficace il contratto nelle more stipulato con la controinteressata con conseguente diritto al subentro della ricorrente, secondo quanto indicato in motivazione.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento in favore della ricorrente della somma complessiva di euro 3.000,00 a titolo di spese processuali, oltre iva, cpa, contributo unificato e accessori come per legge.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Michele Eliantonio, Presidente

Alberto Tramaglini, Consigliere

Massimiliano Balloriani, Consigliere, Estensore