

Il conflitto d'interessi nelle procedure di evidenza pubblica.

di Cristiano Giovanni Gasparutti

Data di pubblicazione: 17-1-2019

L'art. 42 del Codice dei contratti pubblici *“non ha un diretto precedente nel d.lgs. n. 163 del 2006 e recepisce gli artt. 24 della direttiva 2014/24/UE, 42 della direttiva 2014/25/UE e 35 della direttiva 2014/23/UE, espressione della volontà di creare meccanismi di prevenzione dei fenomeni corruttivi anche mediante l'individuazione e la regolazione delle situazioni di conflitto di interessi.*

L'ampia portata del secondo comma (del ridetto articolo) consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che con qualsiasi modalità e anche senza intervenire nella procedura (predisponendone gli atti o facendo parte della commissione giudicatrice) siano in grado di influenzarne il risultato: e ciò (si verifica) quando il concorrente si sia potuto avvalere dell'apporto di conoscenze e di informazioni del progettista (esterno alla stazione appaltante e dalla stessa incaricato della redazione del progetto posto a base di gara) “al fine di predisporre un'offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante”.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 9627 del 2018, proposto da

Bpm Soft S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

contro

- Loran S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'avvocato Sergio Coccia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Vittorio Veneto n. 108;

- Asl Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Edvige Trotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 1176/2018, resa tra le parti, di annullamento del provvedimento di esclusione dell'appellata Loran S.r.l. dalla gara per l'affidamento del servizio di "Gestione informatizzata del percorso chirurgico nell'ambito dei PP.OO. e dei PP.TT.AA. della ASL della Provincia di Bari";

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Loran S.r.l. e di Asl Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2018 il Cons. Giorgio Calderoni e uditi per le parti gli avvocati Massimiliano Brugnoletti, Antonio Sasso su delega di Edvige Trotta e Sergio Coccia;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Secondo quanto emerge dagli atti del giudizio, la vicenda di causa può essere così sintetizzata:

1.1. con lettera d'invito 17 maggio 2017, l'ASL della Provincia di Bari ha indetto procedura negoziata telematica ex art. 35 D. lgs. 50/2016, finalizzata alla fornitura di prodotti e servizi per la gestione informatizzata del percorso chirurgico nell'ambito dei presidi ospedalieri e dei presidi territoriali di assistenza, per una durata di 48 mesi e un importo a base d'asta pari a € 200.000,00 Iva esclusa;

1.2. il verbale della seduta 9 novembre 2017 della Commissione giudicatrice reca le seguenti risultanze:

- la Commissione richiede al RUP <all'uopo convocato, di voler esprimere il proprio parere in

merito alla ammissibilità di una offerta tecnica presentata che ha previsto nel gruppo di lavoro, proposto in relazione alle attività oggetto dell'appalto, un professionista dipendente della ASL BA stazione appaltante>;

- il RUP <comunica di ritenere opportuno dover richiedere specifico parere all'Ufficio per la Prevenzione e la Repressione della Corruzione e dell'illegalità al fine di verificare l'ammissibilità della proposta alla luce di eventuali conflitti di interesse che si dovessero appalesare>;

- <viene acquisita la documentazione (*curricula*) dalla quale è stata riscontrata, la problematica di cui trattasi>;

1.3. con nota 14 novembre 2017 il RUP segnala al Responsabile aziendale della Prevenzione della Corruzione quanto evidenziato dalla Commissione Giudicatrice nella seduta del 9/11/2017 <in merito all'offerta tecnica presentata dal concorrente Loran srl, in cui è stata prevista la presenza di un professionista dipendente di questa ASL nel gruppo di lavoro preposto all'esecuzione del contratto, con contestuale rinvio al parere del RUP sull'ammissibilità di tale offerta>;

1.4. con nota 11.12.2017, il RUP fornisce una serie di precisazioni al Presidente della Commissione giudicatrice e al Presidente del seggio di gara, tra cui le seguenti:

- <fra i criteri di valutazione delle offerte, la lettera invito/disciplinare aveva previsto quello concernente la "Composizione del gruppo di lavoro con valutazione del CV del solo referente di progetto, relativamente alle competenze sviluppate nella gestione dei progetti in ambito sanitario">;

- <a seguito dell'esame e valutazione dell'offerta tecnica prodotta da uno dei concorrenti (Loran), la Commissione ha segnalato la circostanza che nel gruppo di lavoro proposto per l'esecuzione dell'appalto è stato incluso un professionista dipendente di questa stessa Asl, avendo il concorrente corredato la propria offerta tecnica di tutti i CV dei professionisti del gruppo preposto all'esecuzione dell'appalto>;

- <in particolare, come si evince dal *curriculum vitae* inserito nell'offerta tecnica della ditta quale parte integrante della stessa, il suddetto professionista è un "Medico Dirigente dell'UVARP (Unità Operativa di Appropriately dei Ricoveri e Prestazioni)", preposto all'attività di ispezione per la verifica dell'appropriatezza dei ricoveri presso le Case di cura e gli ospedali della ASL di Bari>;

- il RUP ritiene <astrattamente configurabile, nel caso di specie, una fattispecie di potenziale conflitto di interessi a carico della ditta Loran, ai sensi dell'art. 42 comma 1 D.Lgs. n. 50/2016> e che <lo specifico *know-how* informativo in possesso del predetto professionista, che riveste la qualifica di dirigente medico UVARP presso questa stessa Asl e, pertanto, ha accesso a dati quali/quantitativi relativi alle prestazioni erogate presso gli Ospedali e i PPTTAA, possa aver potenzialmente influito, nel caso *de quo*, sulla predisposizione dell'offerta tecnica ed economica della ditta in parola e, pertanto, determinato, anche in via teorica, una distorsione

della concorrenza e inficiato la *par condicio*;

- <in merito, l'art. 42 comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016 impone alle stazioni appaltanti di adottare le misure più adeguate, al fine di prevenire o risolvere ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti>;

- considerato che la procedura è in fase di espletamento, <la misura più efficace adottabile nel caso concreto (...) non può che consistere nell'esclusione della ditta dal prosieguo di gara>;

- <difatti, ogni altra misura ovvero indicazione, ivi inclusa l'eventuale sostituzione di detto professionista nell'ambito del gruppo di lavoro proposto dal concorrente, pregiudicherebbe irrimediabilmente il principio di immodificabilità delle offerte, inficiando l'intero procedimento di gara>;

1.5. la seduta della Commissione giudicatrice si tiene il successivo 12 dicembre 2017 e nel relativo verbale si dà atto che:

- il socio di maggioranza della Loran, presente, evidenzia che era stato formulato, a mezzo pec, un quesito alla Stazione Appaltante in ordine alla possibile inclusione nel gruppo di lavoro di un professionista dipendente della stessa ASL;

- il Presidente precisa che, trattandosi di gara telematica e come prescritto nella lettera di invito, la modalità di formulazione delle richieste di chiarimenti andava effettuata "direttamente ed esclusivamente" attraverso il Portale Empulia, ai fini della piena e sicura tracciabilità degli atti/comunicazioni; e che non risulterebbe, comunque, presente nell'archivio PEC dell'Area Gestione Patrimonio alcun quesito in tal senso;

- il medesimo verbale costituisce per la Ditta Loran srl comunicazione di esclusione ai sensi dell'art. 76 comma 5 lett. b) del D. lgs. n. 50/2016;

- la graduatoria finale di merito vede prima classificata la ditta BPM Soft S.r.l.;

1.6. con ricorso n. 72/2018, la ditta Loran impugna tale verbale dinanzi al Tar Bari, unitamente al parere RUP 11.12.2017 e agli altri atti presupposti;

1.7. con deliberazione 29 marzo 2018, n. 633, il Direttore generale ASL Bari, dopo aver dato atto delle risultanze del richiamato verbale 12.12.2017 e della positiva verifica di anomalia dell'offerta BPM, aggiudica a quest'ultima la fornitura di cui si tratta per un importo complessivo quadriennale di € 122.892,00 Iva esclusa, richiamando, tuttavia, l'effetto sospensivo del contratto determinato dall'avvenuta proposizione del citato ricorso giurisdizionale;

1.8. nel frattempo, con ordinanza 20/02/2018 il Tar Bari aveva accolto la domanda cautelare proposta da Loran e, per l'effetto, sospeso gli atti impugnati, fissando la trattazione di merito al 22/05/2018; di tale ordinanza cautelare, il Direttore dell'Area Gestione Patrimonio dell'ASL prendeva successivamente atto con Determina Dirigenziale n. 4041 del 5 aprile 2018;

1.9. la deliberazione n. 633/2018 e la determina n. 4041/2018 venivano impugnate da Loran con motivi aggiunti al ricorso n. 72/2018.

2. Con la gravata sentenza 4.8.2018, n. 1776, il Tar Bari così statuiva sulle anzidette impugnative:

* accoglieva il ricorso principale, ritenendo “suscettibile di favorevole apprezzamento la censura di illegittimità del provvedimento di esclusione per eccesso di potere *sub specie* di *deficit* istruttorio e motivazionale, articolata con il primo motivo di ricorso”, non avendo l’Amministrazione “specificato le circostanze di fatto che hanno determinato il ritenuto vantaggio competitivo” e “non contenendo il provvedimento stesso alcun riferimento al tipo di informazioni che la ricorrente potrebbe aver acquisito dal predetto professionista né, tanto meno, all’eventuale natura riservata delle stesse”; e ciò in quanto la circostanza del rapporto di lavoro del dott. Girardi con la stazione appaltante e del conseguente acquisito know how “non provoca un effetto *ipso jure* espulsivo dalla competizione, dovendo essere puntualmente accertato se essa abbia determinato un’indebita posizione di vantaggio, suscettibile di alterare la *par condicio* dei partecipanti alla selezione”;

* dichiarava inammissibile per carenza d’interesse la domanda di annullamento proposta con i motivi aggiunti, “poiché la delibera di aggiudicazione in favore della controinteressata prot. n. 633 del 29 marzo 2018 è stata sospesa in data precedente alla notifica dei ridetti motivi aggiunti (27 aprile 2018) con provvedimento prot. n. 4041 del 5 aprile 2018”.

3. Appellando tale sentenza, BPM Soft espone in fatto che:

- con verbale del 4 settembre 2018, la concorrente Loran è stata riammessa in espressa esecuzione della pronuncia di primo grado e si è aggiudicata la gara con provvedimento n. prot. 1647 del 17/10/2018;

- avverso tale provvedimento BPM ha proposto autonomo ricorso al TAR Puglia, notificato in data 16/11/2018.

In diritto, BPM deduce i seguenti motivi:

I. violazione dell’art. 42 e dell’art. 80, comma 5 lett. d) d.lgs. n. 50/2016; travisamento dei fatti e dei presupposti, nell’assunto che non vi sarebbe stato “alcun deficit motivazionale nell’esclusione disposta a danno di Loran”; e che il TAR avrebbe sostituito il proprio giudizio a quello già emesso discrezionalmente e insindacabilmente dalla Stazione appaltante;

II. violazione sotto altro profilo delle norme anzidette, nell’ulteriore assunto che <affinché un’Amministrazione possa escludere un concorrente è sufficiente che il conflitto sia “potenziale”>, mentre sarebbe “inesigibile”, in quanto impossibile, la dimostrazione richiesta dal TAR in ordine alle “circostanze di fatto che hanno determinato il ritenuto vantaggio competitivo”; correttamente, pertanto, l’ASL avrebbe <ritenuto che anche la sola presenza del dott. Girardi nel gruppo di lavoro fosse un elemento “di pericolo” alla regolarità della procedura ed alla possibilità di assicurare pari condizioni e parità di informazioni ai

concorrenti>.

Il Tar non avrebbe, poi, considerato come il Dott. Girardi costituisca <una figura professionale di rilievo inserita da Loran nel proprio progetto tecnico, destinato ad operare nella fase esecutiva dell'appalto (circostanza, questa, incontestata dalle parti)>; inoltre, <i dati conoscitivi che il dott. Girardi ha a disposizione in ragione del ruolo di Dirigente dell'Unità di Valutazione di Appropriatezza di Ricovero e Prestazioni> si porrebbero <in un rapporto di stretta consequenzialità e di stretta connessione in quanto, in virtù del proprio ruolo all'interno della ASL, è in possesso di tutti quei dati che caratterizzano il "percorso chirurgico" della ASL Bari>.

Infine, BPM ripropone le eccezioni preliminari, non esaminate dal Tar, di inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto:

- era la stessa *lex specialis* a richiedere al concorrente di attestare la circostanza di non essere in posizione di conflitto di interessi [cfr. modello DGUE allegato agli atti di gara e compilato da Loran, che ha testualmente dichiarato di non essere "a conoscenza di qualsiasi conflitto di interessi legato alla sua partecipazione alla procedura di appalto (articolo 80, comma 5, lett. d) del Codice")];

- tale clausola di esclusione non è stata ritualmente impugnata da Loran;

- la PEC inviata da Loran il 30.5.2017 all'ASL, al fine di ottenere il relativo consenso a potersi avvalere della collaborazione del dott. Girardi, ha rappresentato un'anticipazione della propria offerta tecnica quanto all'identità di un componente del proprio gruppo di lavoro, "così potenzialmente influenzando il processo decisionale della Stazione appaltante".

4. Costituendosi il 14 dicembre 2018, l'ASL Bari ha chiesto la reiezione dell'appello, contestando la fondatezza dei due motivi su cui lo stesso si articola.

5. Il successivo 17 dicembre si è costituita l'appellata Loran che ha eccepito preliminarmente:

* l'improcedibilità dell'appello di BPM, per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione in quanto l'atto originariamente impugnato, recante l'esclusione di Loran, è stato successivamente revocato dall'Amministrazione e solo il giudizio avente ad oggetto l'atto di revoca sarebbe potuto essere utilmente coltivato;

* l'inammissibilità del medesimo appello, per mancata impugnazione del predetto atto di revoca, in quanto l'autonoma impugnazione proposta da BPM non sarebbe "indirizzata a censurare la parte dell'atto che conteneva la revoca del provvedimento di esclusione della Loran, ma solo la parte che aggiudicava la gara alla Loran stessa una volta riammessa": tutti i motivi di impugnazione sarebbero rivolti a contestare l'offerta Loran (per non aver asseritamente sottoscritto digitalmente l'offerta ovvero per aver presentato un'offerta non congrua), mentre nessuna censura sarebbe "volta a colpire la revoca".

Nel merito, Loran contesta la fondatezza dell'appello avversario, sostenendo, in sintesi, che

“l’Amministrazione davanti ad una ipotesi di rischio di conflitto di interessi (reale o potenziale) non può operare ad una espulsione automatica ma deve motivare la stessa”: in particolare, l’Amministrazione “avrebbe dovuto dare contezza” di quali fossero le informazioni accessibili da parte del dott. Girardi e “se avessero natura riservata o meno”, “per poi valutarle al fine di riscontrare o meno l’esistenza del conflitto”.

6. Infine, il 18 dicembre 2018 BPM ha depositato memoria in cui rappresenta che il proprio ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione a Loran ha assunto, presso il Tar Bari, il numero 1454/2018 di RG e che l’incidente cautelare è stato chiamato per la discussione lo stesso giorno 18 dicembre: contestualmente, BPM ha depositato copia di detto ricorso e dell’avviso di fissazione dell’incidente cautelare.

7. Dopodiché, all’odierna camera di consiglio del 20 dicembre 2018 si è svolta breve discussione orale, nel corso della quale il Collegio ha dato avviso ai difensori presenti, ex art. 60 cpa, dell’eventuale definizione immediata del giudizio con sentenza in forma semplificata: per tale eventualità, la difesa dell’appellante ha chiesto la previa pubblicazione del dispositivo e sempre in data odierna la stessa difesa ha depositato il versamento del contributo unificato, per l’importo di € 3.000,00.

8. Il dispositivo è stato pubblicato il giorno successivo 21 dicembre 2018 sub n. 7198/2018, con il seguente esito:

<Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso di primo grado. Spese del grado compensate>.

9. Di seguito si rendono le motivazioni di tale dispositivo.

10. Innanzitutto, vanno disattese le eccezioni di improcedibilità e inammissibilità dell’appello, sollevate da Loran, per le seguenti ragioni:

i) con il citato nuovo ricorso n. 1454/2018, BPM ha impugnato al TAR Bari non solo la deliberazione D.G. 17.10.2018, n. n. 1674, con cui l’ASL Bari ha revocato la precedente delibera n. 633/2018 e aggiudicato la gara alla ditta Loran s.r.l., ma anche il presupposto verbale 4 settembre 2018 (alla stessa deliberazione allegato “per farne parte integrante e sostanziale”), in cui il Presidente del Seggio di gara:

- rammenta la sentenza del Tar Puglia n. 1176/2018, con cui viene annullata l’esclusione della ricorrente “con salvezza della riedizione del potere”;

- “in ottemperanza, pertanto, alla predetta pronuncia del TAR, dà atto che nella seduta odierna verrà riammessa la Ditta Loran Srl ed effettuate le operazioni di gara relative alla verifica della regolarità e completezza della documentazione economica prodotta da quest’ultima ed alla conseguente riformulazione della graduatoria di merito”;

ii) risulta così *per tabulas* che prima il Seggio di Gara e poi il Direttore generale (integrando

espressamente la propria deliberazione con il suddetto verbale) hanno inteso prestare *de plano* ottemperanza alla sentenza di primo grado, senza procedere ad una nuova ed autonoma riedizione del proprio potere in ordine alla questione dell'esclusione della ditta Loran;

iii) in assenza di un rinnovato esercizio del potere, nessun onere di impugnare tale determinazione di eseguire la pronuncia di primo grado poteva ritenersi gravante su BPM, discendendo l'annullamento dell'esclusione di Loran non da un autonomo provvedimento di revoca dell'ASL di Bari (come Loran qualifica la suddetta deliberazione n. 1674/2018), bensì dalla statuizione giurisdizionale di primo grado cui l'ASL ha deciso di prestare ottemperanza e avverso la quale BPM si è tempestivamente gravata con il presente appello.

11. Appello di cui risulta fondato e assorbente - alla stregua del criterio della ragione più liquida (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato sez. IV, 6/04/2016, n. 1354 e n. 1355; sez. VI, 3/10/2014, n. 4961) - il secondo motivo.

Il che esime il Collegio dall'esaminare sia le residue censure di merito sia le riproposte eccezioni in rito di inammissibilità del ricorso di primo grado.

11.1. Del secondo motivo, si rivela in primo luogo pertinente il richiamo, ivi effettuato, alla sentenza 14 maggio 2018, n. 2853 della Sezione V di questo Consiglio, che ha compiuto un'approfondita disamina dell'art. 42 del D. Lgs. n. 50/2016, di cui con tale mezzo si deduce la violazione.

11.2. Invero, al capo 13.2. di questa pronuncia si formulano articolate considerazioni di ordine generale che il Collegio condivide e che possono essere così sintetizzate:

a) il citato art. 42 non ha un diretto precedente nel d.lgs. n. 163 del 2006 e recepisce gli artt. 24 della direttiva 2014/24/UE, 42 della direttiva 2014/25/UE e 35 della direttiva 2014/23/UE, espressione della volontà di creare meccanismi di prevenzione dei fenomeni corruttivi anche mediante l'individuazione e la regolazione delle situazioni di conflitto di interessi (cfr. Corte Giust. UE, 12 marzo 2015, C- 538/131);

b) il secondo comma definisce il conflitto di interessi rilevante a questi fini e il quarto comma lo estende alla fase di esecuzione dei contratti pubblici, imponendo "alla stazione appaltante un obbligo di vigilanza, sia in fase di aggiudicazione che in fase di esecuzione, specificamente in riferimento al rispetto dell'obbligo di astensione, ma è da ritenere che esso si estenda a tutte le possibili misure che possano ancora essere prese per prevenire o porre rimedio al conflitto";

c) l'ampia portata del secondo comma consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che con qualsiasi modalità e anche senza intervenire nella procedura (predisponendone gli atti o facendo parte della commissione giudicatrice) siano in grado di influenzarne il risultato: e ciò il successivo capo 13.10. ritiene che si verifichi - come in quel caso di specie - quando il concorrente si sia potuto avvalere dell'apporto di conoscenze e di informazioni del progettista (esterno alla stazione appaltante e dalla stessa incaricato della redazione del progetto posto a base di gara) "al fine di predisporre un'offerta tecnica meglio

rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante”;

d) quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara da assicurare (non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche) attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione (cfr. Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415);

e) peraltro, quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'art. 80, comma 5, lett. d) dello stesso codice (di cui pure il secondo motivo d'appello denuncia la violazione) prevede, come *extrema ratio*, che sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto.

11.3. Una successiva sentenza della medesima V Sezione (3/09/2018, n. 5158, capo 14.1.) ha poi ulteriormente sottolineato che - ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse (ed è peraltro significativo che si trattasse, in quel caso, di una gara governata dalla meno rigorosa disciplina di cui al previgente D. Lgs. 163/2006) - è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum*.

11.4. Facendo applicazione delle anzidette coordinate ermeneutiche al caso di specie, risulta agevole osservare che:

aa) è sicuramente erroneo l'argomento-cardine che ha condotto il primo Giudice all'accoglimento del ricorso Loran, per cui:

- doveva “essere puntualmente accertato” che la presenza del Dott. Girardi nel proprio gruppo di lavoro avesse “determinato un'indebita posizione di vantaggio”;

- solo se “effettivamente sussistente”, il vantaggio competitivo avrebbe determinato l'esclusione dalla gara di Loran;

bb) invero e al contrario, al fine di integrare una situazione di conflitto di interessi il vantaggio competitivo così come l'asimmetria informativa possono anche solo essere potenziali, in quanto la norma del D. Lgs. 50/2016 è *lato sensu* una “norma di pericolo”, nel senso che essa e le misure che contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. “d”) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare;

cc) da questo punto di vista, si verte - sul piano probatorio - nell'ipotesi inversa a quella sostenuta dal Tar Bari, e cioè a dover essere dimostrata non è la situazione di indebito vantaggio competitivo di cui avrebbe fruito il concorrente da escludere, bensì, all'opposto, che

la presenza del Dott. Girardi nel gruppo di lavoro Loran non abbia alterato il principio delle pari opportunità nella formulazione dei termini delle offerte per tutti gli offerenti né determinato “alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti”: in questo senso si esprimono inequivocabilmente i punti 76 e 78 della pronuncia Tribunale di I grado UE, sez. II – 13/10/2015 n. 403/12, cui si richiama (e che riporta) proprio l'appellata sentenza del Tar Bari;

dd) parimenti, quest'ultima sentenza si limita a richiamare e riportare un solo passo della decisione Sez. V n. 2853/2018, ma non risulta avere tenuto adeguatamente conto delle implicazioni discendenti da tutte le enunciazioni contenute nel capo 13.2. della decisione medesima e qui sintetizzate *sub*11.2.;

ee) si rivela, invece, pienamente coerente con tali enunciazioni il parere 11.12.2017 con cui il RUP ha ravvisato la “astratta” configurabilità di <una fattispecie di potenziale conflitto di interessi a carico della ditta Loran, ai sensi dell'art. 42 comma 1 D.Lgs. n. 50/2016> nella circostanza per cui nel gruppo di lavoro Loran fosse stato incluso il Medico Dirigente ASL Bari <preposto all'attività di ispezione per la verifica dell'appropriatezza dei ricoveri presso le Case di cura e gli ospedali della ASL di Bari >: e ciò, ritenendo che lo specifico *know-how* informativo in possesso del predetto professionista (il quale ha accesso a dati quali/quantitativi relativi alle prestazioni erogate presso gli Ospedali e i PPTTAA) <possa aver potenzialmente influito, nel caso *de quo*, sulla predisposizione dell'offerta tecnica ed economica della ditta in parola e, pertanto, determinato, anche in via teorica, una distorsione della concorrenza e inficiato la *par condicio*>;

ff) per un verso, infatti, non è ragionevolmente confutabile che la presenza - in seno al gruppo di lavoro di una ditta concorrente - di una figura dirigenziale di rilievo nella struttura organizzativa della stazione appaltante e direttamente a conoscenza, per ragioni del proprio ufficio, dell'andamento dell'attività dei presidi ospedalieri, possa aver determinato una potenziale asimmetria informativa a vantaggio della medesima ditta in sede di formulazione della propria offerta.

Per altro verso, ciò che ulteriormente connota il caso di specie è la continuità di siffatta situazione di potenziale conflitto di interessi al di là della fase di gara e per tutta la fase di esecuzione del contratto: la Parte 3 (“Sintesi”) dell'offerta tecnica Loran (qui prodotta da BPM) si apre, infatti, con l'affermazione che “la parte dell'offerta tecnica qui proposta descrive il gruppo di lavoro che procederà all'esecuzione del progetto di gestione informatizzata del percorso chirurgico dei blocchi operatori dei PP.OO. e PP.TT.AA. afferenti all'ASL BA”; dunque, risulta *per tabulas* che il Dott. Girardi avrebbe dovuto assumere contemporaneamente il duplice ruolo di co-esecutore del progetto offerto da Loran in una gara bandita dall'ASL Bari per la gestione di un rilevante segmento di attività dei propri presidi ospedalieri e di Dirigente della medesima ASL con funzioni ispettive sugli stessi presidi.

Così come risulta *ictu oculi* la non conciliabilità di tale contemporaneo doppio ruolo, in relazione al quale incombeva sull'ASL un precipuo obbligo di vigilanza;

gg) obbligo di vigilanza (in funzione preventiva del conflitto di interessi) che, ricomprendendo

nel caso *de quo* sia la fase di gara che quella di esecuzione del contratto, è stato correttamente e necessariamente attuato dall'ASL mediante la misura espulsiva della Ditta Loran proposta dal RUP e fatta propria dalla Commissione giudicatrice nella successiva seduta del 12.12.2017: la stessa misura non risulta, pertanto, meritevole della sanzione di annullamento viceversa disposta dalla sentenza appellata la quale, in accoglimento del presente appello, deve, pertanto essere riformata, con consequenziale reiezione del ricorso di primo grado e con l'ulteriore effetto che resta in vita il suddetto provvedimento di esclusione di Loran dalla gara *de qua*.

12. Conclusivamente, l'appello va accolto agli effetti indicati alla lettera gg) del precedente capo 11.4.

Le spese del grado possono, tuttavia, essere compensate tra tutte le parti costituite, in considerazione della peculiarità e della natura eminentemente interpretativa della controversia.

Quanto al contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis.1 DPR 115/2002, l'onere relativo al pagamento dello stesso nel processo amministrativo è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese, per cui - stante siffatto regime legale tipizzato - non occorre una statuizione espressa della presente sentenza sul punto: solo per completezza, risultando due le parti soccombenti, il Collegio ritiene utile precisare che l'importo di euro 3.000 anticipato dalla parte appellante dovrà alla stessa essere rimborsato per metà da ciascuna di esse (ASL Bari e Loran Srl).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del grado compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Guida alla lettura

La questione giuridica sottoposta al Collegio riguardava l'ambito di applicazione dell'art. 42 del Codice dei contratti pubblici, relativo al tema del c.d. Conflitto d'interessi.

Preliminarmente, secondo il Giudice di appello, la disposizione in parola *“non ha un diretto precedente nel d.lgs. n. 163 del 2006 e recepisce gli artt. 24 della direttiva 2014/24/UE, 42 della direttiva 2014/25/UE e 35 della direttiva 2014/23/UE, espressione della volontà di creare meccanismi di prevenzione dei fenomeni corruttivi anche mediante l'individuazione e la regolazione delle situazioni di conflitto di interessi (cfr. Corte Giust. UE, 12 marzo 2015, C-538/131)”*

A mente del secondo comma del richiamato articolo 42, il conflitto di interessi sussiste quando *“il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità o indipendenza nel contesto della procedura di appalto o concessione”*.

L'art. 42, co. 4, estende il conflitto di interesse anche alla fase di esecuzione del contratto imponendo *“alla stazione appaltante un obbligo di vigilanza, sia in fase di aggiudicazione che in fase di esecuzione, specificamente in riferimento al rispetto dell'obbligo di astensione, ma è da ritenere che esso si estenda a tutte le possibili misure che possano ancora essere prese per prevenire o porre rimedio al conflitto”*;

Secondo la pronuncia in rassegna *“l'ampia portata del secondo comma consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che con qualsiasi modalità e anche senza intervenire nella procedura (predisponendone gli atti o facendo parte della commissione giudicatrice) siano in grado di influenzarne il risultato: e ciò il successivo capo 13.10. ritiene che si verifichi - come in quel caso di specie - quando il concorrente si sia potuto avvalere dell'apporto di conoscenze e di informazioni del progettista (esterno alla stazione appaltante e dalla stessa incaricato della redazione del progetto posto a base di gara) “al fine di predisporre un'offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante”*;

Il Consiglio di Stato precisa, in ogni caso, che la norma a richiamo *“va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara da assicurare (non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche) attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione (cfr. Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415)”*.

E peraltro, quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'art. 80, comma 5, lett. d) del Codice prevede, come *extrema ratio*, che l'operatore economico sia escluso dalla procedura.

Una successiva sentenza, della medesima Sezione V (cfr. CDS 3/09/2018, n. 5158, capo 14.1.) ha ulteriormente rilevato che - ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse - *“è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio competitorum”*.

Facendo applicazione delle anzidette coordinate ermeneutiche al caso di specie, il Collegio ha stabilito che *“(...) ff) non è ragionevolmente confutabile che la presenza - in seno al gruppo di lavoro di una ditta concorrente - di una figura dirigenziale di rilievo nella struttura organizzativa della stazione appaltante e direttamente a conoscenza, per ragioni del proprio ufficio, dell'andamento dell'attività dei presidi ospedalieri, possa aver determinato una potenziale asimmetria informativa a vantaggio della medesima ditta in sede di formulazione della propria offerta”*.

In definitiva, il Collegio, in riforma della sentenza di primo grado, confermava la disposta esclusione del Concorrente, atteso che *“risulta per tabulas che il Dott. Girardi avrebbe dovuto assumere contemporaneamente il duplice ruolo di co-esecutore del progetto offerto da Loran in una gara bandita dall'ASL Bari per la gestione di un rilevante segmento di attività dei propri presidi ospedalieri e di Dirigente della medesima ASL con funzioni ispettive sugli stessi presidi”*, in ciò concretizzando un *“doppio ruolo”* in relazione al quale incombeva sull'ASL un precipuo obbligo di vigilanza, in funzione preventiva del conflitto di interessi che, ricomprendendo nel caso *de quo* sia la fase di gara che quella di esecuzione del contratto, è stato correttamente e necessariamente attuato dall'ASL mediante la misura espulsiva della Ditta Loran proposta dal RUP e fatta propria dalla Commissione giudicatrice.