

L'ATTIVITÀ CONTRATTUALE

Prof. Avv. Elisa Valeriani
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Studio Legale Valeriani & Partners
avv.valeriani@valerianipartners.it

La normativa di riferimento

L. 190/2012 art 1 comma 15: *«Ai fini della presente legge, la trasparenza dell'attività amministrativa ... che costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ... è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi»*

L. 190/2012 art 1 comma 16 lettera b) e c): *«le pubbliche amministrazioni assicurano i livelli essenziali di cui al comma 15 del presente articolo con particolare riferimento ai procedimenti di: b) scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, c) concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati;»*

L. 190/2012 art 1 comma 17: *«Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara»*

La normativa di riferimento

L. 190/2012 art 1 comma 30: *«Le amministrazioni ... hanno l'obbligo di rendere accessibili in ogni momento agli interessati ... le informazioni relative ai provvedimenti e ai procedimenti amministrativi che li riguardano, ivi comprese quelle relative allo stato della procedura, ai relativi tempi e allo specifico ufficio competente in ogni singola fase»*

L. 190/2012 art 1 comma 32 *«le stazioni appaltanti sono in ogni caso tenute a pubblicare nei propri siti web istituzionali: la struttura proponente; l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario; l'importo di aggiudicazione; i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura; l'importo delle somme liquidate... Le amministrazioni trasmettono in formato digitale tali informazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che le pubblica nel proprio sito web in una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogate in base alla tipologia di stazione appaltante e per regione»*

La normativa di riferimento

ART. 42 del D.Lgs 50/2016: *«si ha conflitto d'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 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. »*

Consiglio di Stato, sez. V, 14.05.2020 n. 3048

la disposizione (ndr. Art. 42), insomma, 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) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare (così Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355). Il conflitto di interessi si ricava, allora, in via presuntiva da due elementi indiziari quali a) l’esistenza di un interesse personale del funzionario; b) il ruolo che questi riveste nella procedura di gara tale da consentire di “intervenire” o di “influenzare” il risultato, per le informazioni privilegiate che ha a disposizione e può trasferire all’impresa concorrente così ponendola in condizione di vantaggio sugli altri concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 settembre 2019, n. 6150, nonché Cons. Stato, parere 5 marzo 2019, n. 667). (...)

MISURE DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELL' «AREA DI RISCHIO CONTRATTI PUBBLICI»

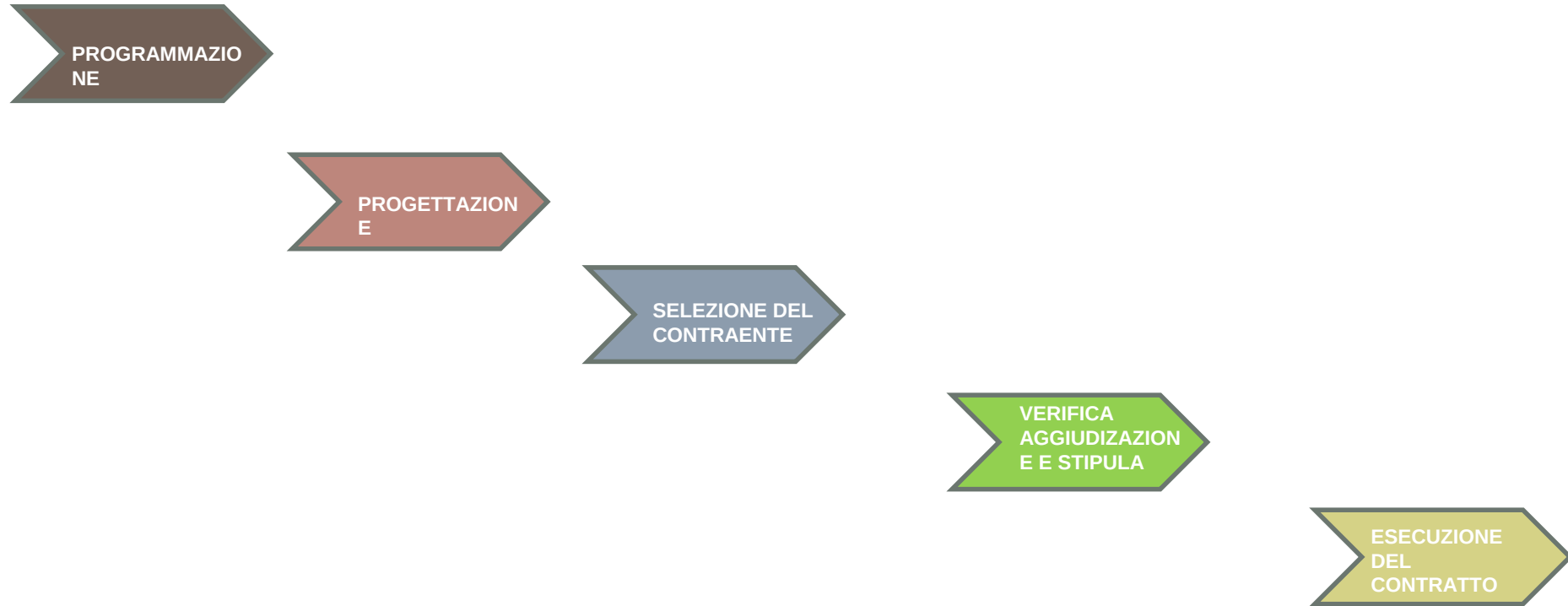
Inefficienza e corruzione

- L'inefficienza come terreno fertile per la corruzione
- I fattori dell'inefficienza: scarsa professionalità dell'operatore pubblico, mancanza di elementi di conoscenza del mercato e dei costi dei fattori della produzione, prevalenza della componente giuridica rispetto a quella tecnica, scarsa collaborazione «interna» tra professionalità giuridiche e professionalità tecnica, mancanza di strutture tecniche interne, carattere formale dei controlli
- Altri fattori negativi: scarsa capacità programmatica, uso improprio di istituti giuridici consentiti, asimmetria informativa, mancanza di capacità di governance nell'esecuzione del contratto, scarsa propensione alla correzione delle scelte effettuate

Criticità

- Assenza di un'adeguata analisi di contesto interno ed esterno con riferimento all'area specifica (mancata rilevazione dei possibili conflitti di interesse, del numero di contenziosi, mancata individuazione delle lobbies)
- Assenza di un'appropriata descrizione del processo, mediante puntuale articolazione delle fasi e dei relativi processi
- Assenza di una visione strategica complessiva del processo di approvvigionamento

Mappatura dei processi



Occorre programmare le misure più idonee a prevenire eventi rischiosi in ogni fase del processo

PROGRAMMAZIONE

Programmazione

L'insufficiente attenzione alla fase di programmazione o un utilizzo improprio degli strumenti di intervento dei privati nella programmazione, costituiscono una delle principali cause dell'uso distorto delle procedure che può condurre a fenomeni corruttivi.

Programmazione

In tale fase gli enti devono prestare particolare attenzione ai processi di analisi e definizione dei fabbisogni, di relazione ed aggiornamento del programma triennale per gli appalti di lavori ed a tutti i processi che prevedono la partecipazione di privati alla fase di programmazione.

Programmazione : Possibili eventi rischiosi

- Definizione di un fabbisogno non rispondente a criteri di efficienza /efficacia /economicità ma alla volontà di premiare interessi particolari
- Abuso delle disposizioni che prevedono la possibilità per i privati di partecipare all'attività di programmazione al fine di avvantaggiarli nelle fasi successive
- Intempestiva predisposizione ed approvazione degli strumenti di programmazione

Programmazione: Anomalie significative

- Ritardo o mancata approvazione degli strumenti di programmazione
- Eccessivo ricorso a procedure di urgenza o a proroghe contrattuali
- Reteirazione di piccoli affidamenti aventi il medesimo oggetto
- Gare aggiudicate con frequenza agli stessi soggetti
- Gare con una unica offerta valida
- Anomalie ai fini antiriciclaggio (DM Interno 2015)

Programmazione: Possibili misure

- Obbligo di adeguata motivazione in fase di programmazione, in relazione a natura, quantità e tempistica della prestazione, sulla base di esigenze effettive e documentate;
- Programmazione annuale anche per acquisti di servizi e forniture;
- Controllo periodico e monitoraggio dei tempi programmati anche mediante sistemi di controllo interno di gestione in ordine alle future scadenze contrattuali (es. prevedendo obblighi specifici di informazione alla scadenza del contratto)

Programmazione: Possibili misure

- Pubblicazione sui siti istituzionali di report periodici in cui siano rendicontati i contratti prorogati e i contratti affidati in via d'urgenza, e le relative motivazioni;
- Per rilevanti importi contrattuali, previsione di obblighi di comunicazione/informazione puntuali nei confronti del Responsabile della Prevenzione della Corruzione in caso di proroghe contrattuali o affidamenti d'urgenza da effettuarsi tempestivamente.
- Adozione di criteri trasparenti per documentare il dialogo con i soggetti privati, prevedendo verbalizzazioni e incontri aperti al coinvolgimento del Responsabile della Prevenzione della Corruzione;

PROGETTAZIONE DELLA GARA

PROGETTAZIONE DELLA GARA

L'impostazione della strategia di acquisto è cruciale per assicurare la rispondenza dell'intera procedura di approvvigionamento al perseguimento del pubblico interesse.

Scelta della metodologia di affidamento: Appalto vs PPP

Scelta della procedura di gara: aperta, ristretta, negoziata ecc..

PROGETTAZIONE: POSSIBILI EVENTI RISCHIOSI

- Nomina di RUP in rapporto di contiguità con imprese concorrenti (soprattutto esecutori uscenti); Si veda anche dichiarazione assenza conflitto di interessi
- Nomina di RUP privi di requisiti idonei e adeguati ad assicurare la terzietà e l'indipendenza;
- Fuga di notizie circa le procedure di gara non ancora pubblicate, che anticipino solo ad alcuni operatori economici la volontà di bandire una procedura o i contenuti di una gara

PROGETTAZIONE: POSSIBILI EVENTI RISCHIOSI

- Attribuzione impropria di vantaggi competitivi mediante l'uso distorto dello strumento delle consultazioni preliminari di mercato;
- Elusione delle regole di affidamento degli appalti;
- Predisposizione di clausole contrattuali dal contenuto vago o vessatorio, per disincentivare la partecipazione alla procedura

PROGETTAZIONE: POSSIBILI EVENTI RISCHIOSI

- Definizione di requisiti di accesso al fine di favorire un determinato operatore (si veda anche 353 bis c.p.)
- Formulazione di criteri di valutazione e di attribuzione di punteggi che possono avvantaggiare il fornitore uscente.

PROGETTAZIONE: ANOMALIE SIGNIFICATIVE

- Il fatto che non venga garantita una corretta alternanza nel ruolo di RUP;
- Assenza di adeguati approfondimenti atti a chiarire le motivazioni giuridiche ed economiche alla base del ricorso ad una fattispecie contrattuale;
- La presenza di requisiti di partecipazione restrittivi.

PROGETTAZIONE: ANOMALIE SIGNIFICATIVE

- Nelle consultazioni preliminari di mercato, mancanza di trasparenza nelle modalità di dialogo con gli operatori privati;
- Insufficiente stima del valore di appalto (si veda collegamento con offerta anomala e offerte predatorie);
- Mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione;
- Previsione di criteri di aggiudicazione della procedura eccessivamente discrezionali o comunque incoerenti con l'oggetto del contratto;

PROGETTAZIONE: POSSIBILI MISURE

- Previsione di procedure interne che individuano criteri di rotazione nella nomina del Rup e atte a rilevare l'assenza di conflitto di interesse in capo allo stesso;
- Dichiarazione RUP assenza conflitti di interesse;
- Effettuazione di consultazioni collettive e/o incrociate di più operatori e adeguata valutazione /registrazione delle stesse.
- Obbligo di motivazione nella determina a contrarre in ordine alle scelte della stazione appaltante

PROGETTAZIONE: POSSIBILI MISURE

- Obbligo di dettagliare nel bando di gara in modo trasparente e congruo i requisiti minimi di ammissibilità delle migliori progettuali in sede di offerta;
- Sottoscrizione da parte di tutti i soggetti interni coinvolti nella redazione della documentazione di gara di dichiarazione in cui si attesta l'assenza di interessi personali in relazione allo specifico oggetto della gara,

PROGETTAZIONE: POSSIBILI MISURE

Previsione in tutti i bandi, gli avvisi, le lettere di invito o nei contratti adottati di una clausola risolutiva del contratto a favore della stazione appaltante in caso di gravi inosservanze delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità

PROGETTAZIONE: POSSIBILI MISURE FOCUS SU AFFIDAMENTO DIRETTI E PROCEDURE NEGOZiate

- Predeterminazione nella determina a contrarre dei criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare;
- Utilizzo di sistemi informatizzati per l'individuazione degli operatori economici da consultare;
- Linee guida interne, oggetto di pubblicazione, che disciplinano la procedura da seguire, improntata ai massimi livelli di trasparenza e pubblicità:
- Previsione di procedure interne per la verifica del rispetto del principio di rotazione degli operatori economici presenti negli elenchi della stazione appaltante;
- Utilizzo di elenchi aperti a tutti gli operatori economici con applicazione del principio di rotazione, previa fissazione di criteri generali per l'iscrizione.

SELEZIONE DEI PARTECIPANTI E DEL CONTRAENTE

SELEZIONE DEL CONTRAENTE

Nella fase di selezione, gli enti sono chiamati a porre in essere misure concrete per prevenire conflitti di interesse o possibili applicazioni distorte delle diverse disposizioni del Codice, rilevanti al fine di condizionare gli esiti della procedura a motivo della sussistenza di un interesse finanziario, economico, o altro interesse personale, costituente minaccia all'imparzialità e alla indipendenza dell'azione pubblica.

SELEZIONE DEL CONTRAENTE: SOTTOPROCESSI RILEVANTI

- Pubblicazione del bando;
- Fissazione dei termini per la ricezione delle offerte;
- Trattamento e custodia della documentazione di gara;
- Nomina della commissione;
- Gestione delle sedute di gara;
- Verifica dei requisiti di partecipazione;
- Valutazione delle offerte e verifica dell'anomalia;
- Aggiudicazione.

SCELTA DEL CONTRAENTE: POSSIBILI EVENTI RISCHIOSI

Possibilità che i vari attori coinvolti manipolino le disposizioni che governino i sottoprocessi, al fine di pilotare l'aggiudicazione della gara (es. azioni e comportamenti tesi a restringere indebitamente la platea dei partecipanti; applicazione distorta dei criteri di aggiudicazione alla gara per manipolare l'esito; nomina di commissari in conflitto di interessi)

SCELTA DEL CONTRAENTE: ANOMALIE SIGNIFICATIVE

Sono elementi rilevatori di una gestione non corretta della procedura:

- l'assenza di pubblicità del bando e dell'ulteriore documentazione rilevante;
- immotivata concessione di proroghe rispetto al termine previsto dal bando di gara;
- il mancato rispetto delle disposizioni che regolano la nomina della commissione;
- alto numero di concorrenti esclusi;

SCELTA DEL CONTRAENTE: ANOMALIE SIGNIFICATIVE

- Presenza di reclami o ricorsi da parte di offerenti esclusi;
- Assenza di criteri motivazionali sufficienti a rendere trasparente l'iter logico seguito nell'attribuzione dei punteggi;
- Valutazione non chiara/trasparente/ giustificata;

SCELTA DEL CONTRAENTE: POSSIBILI MISURE

- Pubblicazione del nominativo dei soggetti cui ricorrere in caso di ingiustificato ritardo o diniego di accesso ai documenti di gara;
- Obblighi di trasparenza e pubblicità delle nomine dei componenti della commissione e di tutti gli eventuali consulenti;
- Introduzione di misure atte a documentare il procedimento di valutazione delle offerte anormalmente basse e di verifica di congruità dell'anomalia

SCELTA DEL CONTRAENTE: POSSIBILI MISURE

- Rafforzamento dei meccanismi di monitoraggio dei rapporti con enti/soggetti con i quali sono stati stipulati contratti interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici
- Obbligo di menzione nei verbali di gara delle specifiche cautele adottate a tutela dell'integrità e della conservazione delle offerte;
- Pubblicazione sul sito internet, per estratto, dei punteggi attribuiti a tutti gli offerenti.

TAR ABRUZZO, SEZ. I, 54/2019

La gara telematica, per le modalità con cui è gestita, consente di tracciare qualsivoglia operazione dei file contenenti offerte e documenti di gara, assicurando, in tal modo, il rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità, che devono presiedere le procedure di gara pubbliche.

Dichiarazioni della Commissione giudicatrice

- Esatta tipologia dell'impiego/lavoro svolto, sia pubblico che privato;
- Di non svolgere o aver svolto alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta;
- Di non trovarsi in conflitto di interesse con riguardo ai dipendenti della stazione appaltante per rapporti di coniugi, parentela o affinità o pregressi rapporti professionali

Consiglio di Stato, sez. V, 27.02.2019 n. 1387

Non è possibile riferire le ragioni di incompatibilità ad un incarico anteriore nel tempo alle preclusioni che deriveranno solamente dall'assunzione di un incarico posteriore; si intende dire che, anche a seguire un'interpretazione rigorosa dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, potrebbe al più determinarsi la preclusione al conferimento dell'incarico di responsabile dell'esecuzione in capo a chi ha fatto parte della Commissione di gara, ma non certo la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solamente in una fase successiva le funzioni di responsabile dell'esecuzione

TAR ABRUZZO, SEZ I, 139/2019

“... la riunione collegiale è servita per avere uno scambio sincrono e progressivo di opinioni già ampiamente discusse mediante messaggi di posta elettronica circolati tra i membri della commissione nei giorni 24, 27 e 30 luglio 2018 e di telefonate”; ciò premesso, se ne desume che le email in questione hanno avuto a oggetto l’esercizio di funzioni pubblicistiche e sono pertinenti al procedimento in questione, sicché non possono essere qualificate come corrispondenza privata, salva la possibilità, in sede di acquisizione, di stralciare frasi che esulano del tutto dalla questione in esame (cfr. Tar Firenze sentenza 1375 del 2016; Consiglio di Stato 1113 del 2015); le medesime, inoltre, proprio perché citate per relationem nel verbale succitato devono essere acquisite al procedimento, sicché l’Amministrazione non può giustificare la mancata ostensione con la propria inottemperanza all’obbligo di acquisizione; peraltro, le parti controninteressate, citate nel presente giudizio, sono obbligate, ai sensi dell’articolo 60 cpa, a collaborare con l’Amministrazione al deposito in giudizio delle succitate email, nei limiti sopra chiariti;

TAR Trieste, 30.09.2019 n. 408

l'aver approvato gli atti di gara implica, necessariamente, un'analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una piena condivisione. Ne deriva che l'approvazione degli atti di gara integra proprio una “funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta” (in tal senso TAR Puglia, Lecce, sez. II, 27 giugno 2016, n. 1040) il cui svolgimento è precluso ai componenti la Commissione giudicatrice.

VERIFICA DELL'AGGIUDICAZIONE E STIPULA DEL CONTRATTO

AGGIUDICAZIONE E STIPULA DEL CONTRATTO

La verifica dell'aggiudicazione costituisce un momento essenziale di accertamento della correttezza della procedura espletata, sia in vista della successiva stipula del contratto sia nell'ottica dell'apprezzamento della sussistenza dei requisiti generali e speciali di partecipazione in capo all'aggiudicatario.

VERIFICA DELL'AGGIUDICAZIONE E STIPULA DEL CONTRATTO : POSSIBILI EVENTI RISCHIOSI

- Alterazione o omissione delle verifiche al fine di favorire un aggiudicatario privo dei requisiti.
- Possibile violazione delle regole poste a tutela della trasparenza della procedura al fine di evitare o ritardare la proposizione di ricorsi da parte di soggetti esclusi o non aggiudicatari.

VERIFICA DELL'AGGIUDICAZIONE E STIPULA DEL CONTRATTO: ANOMALIE SIGNIFICATIVE

- Presenza di denunce/ricorsi da parte dei concorrenti o dell'aggiudicatario che evidenziano una palese violazione di legge da parte dell'amministrazione
- Mancata, inesatta o intempestiva effettuazione delle comunicazioni inerenti inviti, esclusioni e aggiudicazioni
- Immotivato ritardo nella formalizzazione del provvedimento di aggiudicazione e/o nella stipula del contratto

VERIFICA DELL'AGGIUDICAZIONE E STIPULA DEL CONTRATTO: POSSIBILI RIMEDI

- Linee guide che assicurino la collegialità nella verifica dei requisiti, sotto la responsabilità del dirigente
- Formalizzazione e pubblicazione da parte di funzionari e dirigenti che hanno partecipato alla gestione della procedura di una dichiarazione attestante l'insussistenza di cause di conflitto di interesse

ESECUZIONE DEL CONTRATTO

ESECUZIONE DEL CONTRATTO

È indispensabile che l'Ente si doti di ogni strumento utile a verificare l'esatto adempimento. Attesa la particolare esposizione al rischio corruttivo, i processi che rilevano sono quelli di approvazione delle modifiche del contratto originario, autorizzazione al subappalto, ammissione di varianti, verifiche in corso di esecuzione, verifica delle disposizioni in materia di sicurezza, apposizione di riserve, gestione delle controversie, effettuazione dei pagamenti.

ESECUZIONE DEL CONTRATTO: EVENTI RISCHIOSI

- Mancata definizione e verifica dei requisiti del direttore dei lavori (o direttore esecuzione) con annessa dichiarazione circa l'assenza di conflitti di interessi;
- Mancata o insufficienza verifica dell'effettivo stato di avanzamento dei lavori rispetto al cronoprogramma al fine di evitare l'applicazione di penali;
- Abusivo ricorso alle varianti;
- Approvazione di modifiche sostanziali degli elementi del contratto definiti nel bando di gara o nel capitolato d'onere, introducendo elementi che, se previsti fin dall'inizio, avrebbero consentito un confronto concorrenziale differente.

ESECUZIONE DEL CONTRATTO: EVENTI RISCHIOSI

- Mancata valutazione dell'impiego di manodopera, o incidenza del costo della stessa
- Apposizione di riserve generiche, a cui consegue una incontrollata lievitazione dei costi
- Mancato rispetto degli obblighi di tracciabilità dei pagamenti

ESECUZIONE DEL CONTRATTO: POSSIBILI RIMEDI

- Programmazione dei controlli da effettuare, predisposizione check list, definizione dei criteri di individuazione dell'incaricato dei controlli e dichiarazioni su assenza conflitto di interesse;
- Check list relativa alla verifica dei tempi di esecuzione, da effettuarsi con cadenza prestabilita;
- Controllo sull'applicazione di penali per il ritardo;
- Verifica del corretto assolvimento dell'obbligo di trasmissione all'ANAC delle varianti;
- Pubblicazione dei provvedimenti di adozione delle varianti.

LE COMUNICAZIONI ALL'ANAC

- Completezza e coerenza della documentazione da trasmettere
- Estensione dell'obbligo di trasmissione a: transazioni, accordi bonari, varianti negli appalti integrati prima dell'inizio dei lavori e lavori complementari
- Organo cui compete la trasmissione della documentazione e individuazione soggetto incaricato

CONFLITTO DI INTERESSE, ALCUNE PRONUNCE

Consiglio di Stato, sez. V, 06.05.2020 n. 2864

ha messo in evidenza, da un lato, l'insostenibilità della tesi del conflitto di interesse in caso di partecipazione alla gara di un soggetto controllato dalla stazione appaltante, per il paradosso cui si giungerebbe nel ritenere che quest'ultima sarebbe contemporaneamente il «terzo avvantaggiato dal conflitto alla stessa stazione appaltante, riguardata schizofrenicamente ora come amministrazione aggiudicatrice ora come terzo»; e dall'altro lato ha ribadito che «il conflitto si deve verificare tra l'interesse funzionalizzato e l'interesse dell'agente o di un terzo con il quale l'agente versi in particolare rapporto tale da dividerne l'interesse stesso», mentre non può esservi un conflitto nel caso in cui il terzo avvantaggiato sia la società partecipata, poiché essa «rappresenta l'interesse del soggetto proprietario, vale a dire la stessa stazione appaltante», per cui «l'interesse funzionalizzato e l'interesse terzo coinciderebbero».

Consiglio di Stato, sez. V, 14.05.2020 n. 3048

la disposizione, insomma, 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) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare (così Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355). Il conflitto di interessi si ricava, allora, in via presuntiva da due elementi indiziari quali a) l’esistenza di un interesse personale del funzionario; b) il ruolo che questi riveste nella procedura di gara tale da consentire di “intervenire” o di “influenzare” il risultato, per le informazioni privilegiate che ha a disposizione e può trasferire all’impresa concorrente così ponendola in condizione di vantaggio sugli altri concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 settembre 2019, n. 6150, nonché Cons. Stato, parere 5 marzo 2019, n. 667). (...)

TAR Bari, 04.08.2018 n. 1176

l'Amministrazione ha genericamente motivato in punto di violazione del principio di parità di condizioni dei concorrenti non avendo specificato le circostanze di fatto che hanno determinato il ritenuto vantaggio competitivo, (...) è 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 contenendo il provvedimento stesso alcun riferimento al tipo di informazioni che la ricorrente potrebbe aver acquisito dal predetto professionista né, tanto meno meno, all'eventuale natura riservata delle stesse.

I SOGGETTI DELLA STAZIONE APPALTANTE E IL RISCHIO «CORRUTTIVO»

IL RUP E RISCHIO «CORRUTTIVO»

La figura del Responsabile del procedimento amministrativo da individuare, come persona fisica che in concreto dovrà agire, da parte della stessa Amministrazione competente nella cosiddetta Unità Organizzativa per l'istruttoria ed ogni altro onere relativo al procedimento

IL RUP E RISCHIO «CORRUTTIVO»

la figura del responsabile del procedimento nell'ambito degli appalti pubblici non opera solo in materia di procedimento amministrativo di gara, ma anche nella fase precipuamente civilistica dell'esecuzione del contratto, svolgendo egli funzioni di vigilanza, controllo, valutazione e proposta (si pensi, ad esempio, in tema di risoluzione del contratto negli ex artt. 108 e 109 del Codice).

IL RUP E RISCHIO «CORRUTTIVO»

Il Responsabile del procedimento è una figura di assoluto rilievo anche nella fase di esecuzione del contratto; infatti, fungendo da organo di vertice per la Committenza pubblica, assume diversi doveri: ad esempio, dispone la sospensione dei lavori discrezionale per pubblico interesse; approva la perizia di variante; dirime le controversie che eventualmente insorgono fra direttore dei lavori e appaltatore in tema di esecuzione delle lavorazioni; propone la risoluzione del contratto per gravi reati accertati

IL RUP E RISCHIO «CORRUTTIVO»

Nonostante siano state fissate dalla nuova normativa del Codice le competenze e le funzioni del RUP, ciò non toglie che, considerata la sua particolare natura tanto nelle fasi di gara quanto in quelle della esecuzione del contratto, la giurisprudenza abbia dovuto offrire alcune linee interpretative su punti che hanno determinato contraddittorie posizioni

**ART. 32 DEL DL 90/2014 « MISURE
STRAORDINARIE DI GESTIONE, SOSTEGNO E
MONITORAGGIO DI IMPRESE NELL'AMBITO
DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE»**

ART. 32 DEL DL 90/2014

Misure straordinarie:

- a) Rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto
- b) straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto;
- c) Sostegno e monitoraggio dell'impresa.

I reati presi in considerazione dalla disposizione

Art. 327: concussione

Art. 318: corruzione per l'esercizio della funzione

Art. 319: corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio

Art. 319-bis: circostanze aggravanti (conferimento di impieghi, stipulazione di contratti e pagamento o rimborso di tributi)

Art. 319-ter: corruzione in atti giudiziari

Art. 319-quater: induzione indebita a dare o promettere utilità

Art. 320: corruzione di persona incaricata di pubblico servizio

Art. 322: istigazione alla corruzione

Art. 322-bis: peculato, concussione, induzione indebita, corruzione e istigazione alla corruzione di organi e funzionari della Commissione Ue e di Stati esteri

Art. 346-bis: traffico di influenze illecite

Art. 353: turbata libertà degli incanti

Art. 353-bis: turbata libertà del procedimento di scelta del contraente

L'estensione delle misure straordinarie al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 32 primo comma

Il comma 10 prevede l'adozione delle misure straordinarie di propria iniziativa da parte del Prefetto nei casi in cui abbia emesso un'informazione antimafia interdittiva «e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici»

**LA PRIMA ESPERIENZA DI APPLICAZIONE
DELLA DISPOSIZIONE
(IL CASO DELLA SOC. MALTAURO E
L'APPALTO DELLE «ARCHITETTURE DI
SERVIZIO» DI EXPO 2015)**

La prima esperienza di applicazione della disposizione

La diffusione della notizia sulle indagini relative a fatti corruttivi e di turbativa d'asta nell'appalto delle «architetture di servizio» di Expo 2015 che vedevano coinvolta la soc. Maltauro ha determinato due reazioni molto vicine nel tempo:

- l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva davanti al TAR Lombardia da parte di imprese che avevano partecipato alla procedura, con ricorso con cui è stato chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione e la dichiarazione di inefficacia e la caducazione del contratto d'appalto stipulato dalla stazione appaltante con l'ATI di cui faceva parte l'impresa Maltauro.
- La richiesta di straordinaria e temporanea gestione della soc. Maltauro, rivolta il 10 luglio 2014 dal Presidente dell'ANAC al Prefetto di Milano, in applicazione dell'art. 32 primo comma del D.L. 24 giugno 2014 n. 90.

La prima esperienza di applicazione della disposizione

Nel ricorso è stata dedotta la violazione del Protocollo di legalità sottoscritto dalla soc. Maltauro in sede di partecipazione alla procedura di gara e l'operatività della clausola risolutiva espressa

La sentenza

Il TAR Lombardia, con sentenza 9 luglio 2014 n. 1802 ha sinteticamente affermato:

- la sussistenza della propria giurisdizione sulle domande dei ricorrenti
- l'estraneità delle dichiarazioni sottoscritte in applicazione del Protocollo di legalità alla materia dei requisiti di carattere generale previsti dall'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006
- la maggiore gravità del comportamento della soc. Maltauro rispetto a quello previsto e sanzionato dal Protocollo, in quanto la sua condotta non era stata meramente omissiva, bensì attiva (desumendolo dall'avvenuto esercizio dell'azione di responsabilità sociale nei confronti dell'amministratore, per violazione dei protocolli preventivi previsti in attuazione del D.Lgs. n. 231 del 2001)

La sentenza

- la gravità degli indizi sull'alterazione della par condicio integra motivo sufficiente per l'annullamento dell'aggiudicazione con conseguente risoluzione del contratto in base al protocollo di legalità
- l'estensione della caducazione all'impresa mandante, non partecipe dei fatti penalmente rilevanti

La sentenza

Nell'ultima parte la sentenza così si esprime:

«Resta infine, da soggiungere che neppure il decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, entrato in vigore poche ore prima dello svolgimento dell'udienza in camera di consiglio, pare poter favorire una rapida soluzione operativa, essendosi in esso previsto, tra le misure straordinarie di prevenzione della corruzione nei pubblici appalti ...che, in caso di pendenti indagini penali per l'accertamento di vari reati (tra i quali anche la turbativa di procedure di evidenza pubblica, cui l'art. 140 del D.Lgs. n. 163/2006, invece, non fa richiamo), vi sia, da parte del Presidente dell'ANAC una proposta al Prefetto competente di adozione, alternativamente, di provvedimenti di rinnovazione degli organi sociali....ovvero l'assunzione della gestione straordinaria o temporanea dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento penale...»

La posizione del Consiglio di Stato

Con ordinanza 16 settembre 2014 n. 4089, su appello anche di Expo 2015, ha sospeso l'esecutività della sentenza, così affermando:

- *«Ritenuto altresì, quanto al profilo del periculum in mora, che l'interesse rappresentato dalla parte appellante appare manifestamente ancorato agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione, che espone l'Ente committente al rischio di una pesantissima condanna a risarcimento per equivalente in caso di mancato esercizio della facoltà di risoluzione del contratto di appalto, pur formalmente rimesso all'autonoma valutazione della parte pubblica (e dal quale, ove di fatto esercitato, deriverebbe per converso un diverso e gravissimo pregiudizio all'interesse pubblico alla sollecita realizzazione delle opere oggetto dell'appalto);*

La posizione del Consiglio di Stato

«Rilevato, ancora, che la sopravvenuta disciplina di cui al d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (in forza della quale risulta in concreto oggi nominato un Commissario straordinario nella gestione dell'impresa aggiudicataria, con sostanziale estromissione dei soggetti sottoposti ad indagini), oltre a rafforzare le esigenze cautelari rappresentate dalle parti appellanti, costituisce la piena dimostrazione ex post – contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice – della non automatica incidenza sulla legittimità degli atti di gara delle indagini penali in corso, pure nell'estrema gravità dei reati ipotizzati, essendo evidente che il legislatore si è posto il problema dei rimedi da predisporre per fattispecie come quella oggi all'esame ed ha predisposto un meccanismo, quello del «commissariamento» dell'impresa appaltatrice fino all'esito del procedimento penale, ritenuto idoneo a conciliare l'interesse pubblico alla rapida esecuzione dell'opera pubblica con l'esigenza di impedire la percezione dei profitti d'impresa da parte di soggetti sospettati di illecito, almeno fino alla conclusione del procedimento penale (soluzione nella quale – è appena il caso di sottolinearlo – natura del tutto recessiva è stata attribuita all'interesse a subentrare nella commessa delle altre imprese partecipanti alla gara, le quali evidentemente potranno far valere le proprie ragioni in altre e diverse sedi».