

ANAC Delibera n. 166 del 6 marzo 2019

Oggetto: Straordinaria e temporanea gestione del Consorzio ...OMISSIS... ai sensi dell'art. 32, comma 1, d.l. 90/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 114/2014 – trasmissione note del 4 e del 15 ottobre 2018 (...OMISSIS...).

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 50/2016 e s.m.i.;

Visto l'Appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Pareri;

Considerato in fatto

Nell'ambito della gestione commissariale del Consorzio ...OMISSIS... ai sensi dell'art. 32, comma 1, d.l.90/2014, è stato riscontrato lo svolgimento di incarichi, svolti a titolo gratuito, che determinerebbero una sovrapposizione di ruoli e potenziali situazioni di conflitto di interesse, in capo all'amministratore straordinario (...OMISSIS...) prof. ...OMISSIS...

Con nota ...OMISSIS..., il Presidente dell'Autorità nell'informare di quanto sopra il ...OMISSIS..., ha invitato lo stesso ad inoltrare formale richiesta di chiarimenti ai commissari straordinari incaricati.

Con nota ...OMISSIS..., trasmessa all'Autorità e al ...OMISSIS..., i commissari straordinari hanno relazionato in ordine agli incarichi in questione.

Da quanto emerge dalla documentazione trasmessa, detti incarichi, tutti svolti dal prof. ...OMISSIS... in assenza di compenso, sono i seguenti:

- responsabile dei lavori ai sensi del d.lgs. 81/2008 (...OMISSIS...);
- direttore dei lavori e direttore dell'esecuzione del contratto (...OMISSIS...);
- progettazione (...OMISSIS...) [In relazione a tali attività, nella nota ...OMISSIS... a firma degli amministratori straordinari, è stato precisato che il prof. ...OMISSIS... si è limitato a sottoscrivere gli elaborati progettuali in via d'urgenza ai fini della successiva trasmissione degli stessi al Provveditorato];
- direttore tecnico ad interim del Consorzio (...OMISSIS...).

In relazione allo svolgimento degli incarichi sopra elencati si esprimono le seguenti considerazioni.

Considerato in diritto

Al fine di valutare se lo svolgimento dei predetti incarichi da parte del prof. ...OMISSIS..., configuri un'ipotesi di conflitto di interesse rilevante nell'ambito della disciplina in materia di contratti pubblici, occorre fare una breve premessa sia in ordine al ruolo dei commissari straordinari nominati nell'ambito della procedura prevista dall'art. 32 del d.l. 90/2014, conv. dalla l.n. 114/2014, sia in ordine alla disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016 in tema di conflitti di interesse.

Quanto al primo profilo si osserva preliminarmente che su proposta del Presidente (...OMISSIS...) e mediante decreto del ...OMISSIS... (...OMISSIS...), il Consorzio ...OMISSIS... è stato sottoposto alla misura prevista dall'art. 32, comma 1, lett. b), d.l. 90/2014, conv. dalla l. 114/2014, per la straordinaria e temporanea gestione dello stesso attraverso la nomina di uno o più amministratori straordinari, limitatamente alla completa esecuzione della convenzione ...OMISSIS...

Come noto, secondo le previsioni della disposizione in commento, ai commissari straordinari nominati nell'ambito della suindicata procedura e per la durata della straordinaria e temporanea

gestione dell'impresa «sono attribuiti ... tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. Nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura» (comma 3). Ai sensi del comma 4 «L'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di *pubblica utilità ad ogni effetto* e gli amministratori rispondono delle eventuali diseconomie dei risultati solo nei casi di dolo o colpa grave».

Come evidenziato nelle Prime e Seconde Linee guida per l'applicazione dell'art. 32, la straordinaria o temporanea gestione dell'impresa, che dispiega i suoi effetti limitatamente al contratto in relazione al quale essa è stata disposta, dà vita ad una gestione separata di quella parte dell'azienda che dovrà eseguire l'appalto pubblico, secondo un modello di *governance* definito dagli amministratori nominati dal Prefetto. Tali amministratori assumono, quindi, i poteri degli organi di amministrazione limitatamente al segmento di attività riguardante l'esecuzione dell'appalto pubblico da cui trae origine la misura, provvedendo per le somme introitate dall'impresa ad osservare le particolari regole stabilite al comma 7 dell'art. 32 citato.

Si tratta quindi di strumenti di *controllo pubblico* della gestione delle imprese, o più correttamente di un controllo della parte di impresa impegnata nello specifico contratto pubblico per cui viene ravvisata l'esigenza di intervenire. La misura della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sia pure *ad contractum*, si colloca nei paradigmi propri del potere pubblicistico che, per disposizione di legge, interviene sui rapporti giuridici anche paritetici, ponendo l'operatore economico in una posizione di soggezione rispetto al suo esercizio. E dunque agli amministratori spetta l'esercizio di poteri di carattere pubblicistico.

Il comma 4 dell'art. 32, sopra richiamato, configura infatti l'esercizio di un *munus publicum* in capo agli amministratori nominati dal ...OMISSIS... per pubblica utilità, tale da escludere che l'attività gestionale, nelle more svolta da costoro, sia riconducibile agli ordinari canoni civilistici anche con riguardo all'attività di impresa ed all'utile derivante dall'esecuzione del contratto. L'immedesimazione organica tra gli amministratori nominati dal ...OMISSIS... e la funzione ad essi delegata consente quindi di ritenere che la fase esecutiva del rapporto contrattuale non sia governata dalle norme di rango privatistico quanto piuttosto da quelle di rango pubblicistico.

L'amministratore prefettizio opera quindi nell'interesse della stazione appaltante, conferendo un apporto manageriale autonomo e aggiuntivo, per consentire la realizzazione dei lavori commissionati, attraverso una sorte di gestione separata (ad es. patrimonio destinato ad uno specifico affare di cui all'art. 2447 c.c.).

Le richiamate linee guida non affrontano, tuttavia, la questione relativa ai poteri del commissario straordinario incaricato della gestione del contratto d'appalto, in relazione a quelli propri del Rup e del direttore dei lavori/direttore dell'esecuzione del contratto.

Allo stesso modo, nelle linee guida citate non è stata affrontata la questione relativa all'applicazione della disciplina del conflitto di interessi, nell'ambito della gestione del contratto d'appalto da parte del predetto commissario straordinario.

Con particolare riferimento a tale ultimo tema, si osserva in generale che il conflitto di interessi nell'ambito della disciplina in materia di contratti pubblici, trova oggi una specifica nell'art. 42 del d.lgs. 50/2016.

Ai sensi di tale disposizione, il conflitto di interesse si configura «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, n. 62». Ai sensi del comma 4 dell'art. 42, le disposizioni ivi contenute «valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici», pertanto la disciplina sul conflitto di interesse trova applicazione anche in relazione alle figure professionali impegnate nella fase di esecuzione del contratto d'appalto (ad es. direttore dei lavori o direttore dell'esecuzione del contratto).

Dunque affinché si configuri un conflitto di interesse nel contesto di una procedura di gara o nella fase esecutiva dell'appalto, il personale della stazione appaltante o il prestatore di servizi che agisce per conto della stazione appaltante, deve avere direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale in relazione allo svolgimento della procedure di aggiudicazione o in relazione alla fase di esecuzione, che possa incidere sulla sua imparzialità ed indipendenza. In altre parole, l'interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del "funzionario pubblico", si ha quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico.

Consegue da quanto sopra che affinché possa configurarsi un'ipotesi di conflitto di interesse in capo ad un amministratore straordinario nominato nell'ambito della procedura di cui all'art. 32, d.l. 90/2014, quest'ultimo deve avere, anche solo potenzialmente, *un interesse personale in relazione all'esecuzione del contratto d'appalto per il quale è disposta la misura, per cui il suo ruolo non può essere svolto con l'imparzialità richiesta dalla norma.*

Sulla base di tali considerazioni, in relazione allo svolgimento degli incarichi indicati nelle premesse in fatto, da parte del prof. ...OMISSIS... – amministratore straordinario del Consorzio ...OMISSIS... in applicazione dell'art. 32, comma 1, lett. b), d.l. 90/2014, conv. dalla l. 114/2014 - può osservarsi quanto segue.

Preliminarmente occorre sottolineare che tale circostanza, come sopra indicato, deve essere valutata anche alla luce della mancanza di un quadro normativo chiaro ed esaustivo in ordine a natura e poteri dei commissari straordinari di cui al citato art. 32, in relazione alle altre figure professionali previste nel Codice.

Circostanza questa che può aver indotto il prof. ...OMISSIS... a svolgere i suindicati incarichi, ritenendoli coerenti con la figura del commissario straordinario e con i compiti propri dello stesso.

Sotto un profilo strettamente correlato alla disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016, può quindi osservarsi quanto segue:

- Quanto allo svolgimento del ruolo di responsabile dei lavori, occorre evidenziare che secondo l'orientamento dell'Autorità, nel settore dei contratti pubblici disciplinato dal d.lgs. 163/2006 e dal d.p.r. 207/2010 (art. 10, comma 2), la normativa di riferimento dispone che il responsabile del procedimento assume il ruolo di responsabile dei lavori ex art. 89 del d.lgs. 81/2008 ai fini del rispetto delle norme in materia di sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro (parere Prec 175/15/L). In tal senso si è espressa l'Autorità anche in relazione al d.lgs. 50/2016 nelle Linee Guida n. 3/2016 (Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni; *par. 6, lett. e*) e nella deliberazione n. 107/2018.

Pertanto, per lo svolgimento dell'incarico di responsabile dei lavori da parte del prof. ...OMISSIS..., amministratore straordinario del Consorzio, anche tenuto conto del fatto che lo stesso opera nell'interesse della stazione appaltante, non configura un'ipotesi di conflitto di interesse secondo la disciplina dettata dal Codice.

Il conferimento dell'incarico in questione, tuttavia non appare coerente con le disposizioni del d.lgs. 50/2016, posto che il ruolo di responsabile dei lavori è in genere ricoperto dal Rup.

- Quanto allo svolgimento dell'incarico di direttore dei lavori e di direttore dell'esecuzione del contratto da parte dell'ing. ...OMISSIS..., si osserva in linea generale che in ordine all'incompatibilità tra il ruolo del direttore dei lavori e la figura dell'appaltatore, l'Autorità ha espresso avviso (parere n. 228/2011) affermando che per il ruolo di garanzia riconosciuto al direttore dei lavori, le disposizioni dettate dal Codice per disciplinare i conflitti di interesse nell'ambito degli appalti pubblici, trovano applicazione anche alla fase di esecuzione del contratto e devono ritenersi quindi applicabili a tale figura di garanzia (art. 42, comma 4, del Codice).

Deriva da quanto sopra che al fine di garantire l'imparzialità del direttore dei lavori, nello svolgimento delle attività di controllo allo stesso demandate dalla stazione appaltante, non possono intercorrere rapporti professionali o di altro tenore tra il medesimo e l'affidatario dell'intervento. Le stesse finalità inducono a ritenere *a fortiori* che l'incarico di direzione dei lavori non possa essere conferito all'affidatario dell'appalto, stante l'evidente conflitto di interesse tra le due figure in esame.

Le medesime cause di incompatibilità valgono, altresì, per la figura del Direttore dell'esecuzione del contratto di servizi e di forniture, in virtù delle funzioni di controllo ad esso demandate, di analogo tenore rispetto a quelle assegnate al direttore dei lavori (art. 111, comma 3, d.lgs. 50/2016).

Con riferimento al caso specifico del Prof. ...OMISSIS..., amministratore straordinario del Consorzio ...OMISSIS..., che ha rivestito contestualmente il ruolo di direttore dei lavori e di direttore dell'esecuzione del contratto, può quindi osservarsi che non sembra configurarsi, nel caso di specie, un'ipotesi di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42 del Codice tenuto conto del fatto che, come sopra sottolineato, l'amministratore prefettizio svolge un *munus publicum* (anche nell'interesse della stazione appaltante) e non opera, quindi, nell'interesse dell'impresa appaltatrice; non sussisterebbero quindi in capo al professionista incaricato (almeno da quanto si evince dalla documentazione trasmessa) interessi personali in conflitto con quelli della stazione appaltante, nel senso indicato dalla norma, tenuto anche conto della gratuità dell'incarico stesso e del fatto che il Commissario non gestisce la commessa per realizzare un utile di impresa ma per completare l'opera nell'interesse della stazione appaltante.

- Con riferimento alla progettazione svolta dall'ing. ...OMISSIS... in relazione al contratto d'appalto interessato dalla misura di cui all'art. 32, comma 1, lett. b) d.l. 90/2014, come chiarito nella relazione del 16.10.2018 a firma degli amministratori straordinari, allegata all'istanza di parere in esame, non vi sarebbe stato in realtà alcun conferimento di incarico né riconoscimento di compensi, ma il predetto professionista avrebbe esclusivamente sottoscritto gli elaborati progettuali in via d'urgenza (non è chiarito il soggetto che li avrebbe redatti) ai fini della successiva trasmissione degli stessi al Provveditorato.

A tal riguardo sembra opportuno evidenziare che l'Autorità ha affermato che l'incarico progettuale deve essere concretamente espletato da singolo professionista che, con la sottoscrizione del progetto, ne assume la responsabilità (determinazione n. 13/2000). Tale principio è confermato nel d.p.r. 207/2010 all'art. 15, comma 12 (in vigore ai sensi dell'art. 213, comma 4 del Codice), ai sensi del quale «*Tutti gli elaborati devono essere sottoscritti dal progettista o dai progettisti responsabili degli stessi nonché dal progettista responsabile dell'integrazione fra le varie prestazioni specialistiche*».

Dunque, la mera sottoscrizione in via d'urgenza, di elaborati progettuali redatti da altri professionisti da parte del prof. ...OMISSIS..., non appare coerente con la disciplina di settore e richiederebbe in ipotesi che oltre alla firma apposta sui progetti dal predetto commissario, venisse acquisita altresì quella propria dei progettisti che hanno redatto gli elaborati progettuali.

In relazione a tale circostanza, da quanto rappresentato nella nota del 16.10.2018 a firma degli amministratori straordinari, non sembrano comunque emergere profili di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42 del Codice.

- Infine, in ordine all'incarico di direttore tecnico *ad interim* del Consorzio svolto dal prof. ...OMISSIS..., da quanto rappresentato nella nota del 16.10.2018, sopra richiamata, detto incarico è stato conferito per lo svolgimento delle attività fissate nella delibera degli amministratori straordinari del 4.8.2015, come elencate nella relazione stessa. Nella suindicata delibera (pag. 57) è evidenziato che la direzione tecnica opera secondo le direttive degli amministratori straordinari. A tal riguardo, non si rinvencono nell'art. 32 citato, né nel Codice, disposizioni contenenti limiti o divieti a tale doppio ruolo in capo al prof. ...OMISSIS..., il quale – sotto diverso profilo - non sembra configurare un'ipotesi di conflitto di interesse secondo le previsioni dell'art. 42 del d.lgs. 50/2016.

In base a quanto sopra osservato

Il Consiglio ritiene che:

- In relazione allo svolgimento dell'incarico di direttore tecnico *ad interim* del Consorzio da parte del prof. ...OMISSIS..., nei termini sopra indicati, non si rinvencono nell'art. 32 del d.l. 90/2014, né nel d.lgs. 50/2016, disposizioni contenenti limiti o divieti allo svolgimento di tale doppio ruolo in capo al prof. ...OMISSIS..., né tale circostanza configura un'ipotesi di conflitto di interesse secondo le previsioni dell'art. 42 del Codice.
- Lo svolgimento dell'incarico di responsabile dei lavori da parte del prof. ...OMISSIS... non configura in capo al predetto professionista un'ipotesi di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42 del Codice, ancorché tale circostanza non appaia pienamente coerente con le disposizioni del d.lgs. 50/2016 in materia di Rup.
- Lo svolgimento dell'incarico di direttore dei lavori e di direttore dell'esecuzione del contratto da parte dell'ing. ...OMISSIS..., non configura un'ipotesi di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42 del Codice, tenuto conto del fatto che l'amministratore prefettizio, svolgendo un *munus publicum*, opera anche nell'interesse della stazione appaltante evidentemente non dell'impresa appaltatrice.
- La sottoscrizione in via d'urgenza di elaborati progettuali redatti da altri professionisti da parte del prof. ...OMISSIS..., non costituisce un'ipotesi di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42 del Codice; tale circostanza presenta profili di non coerenza con la disciplina di settore, richiedendo in ipotesi che oltre alla firma apposta sui progetti dal predetto commissario, venga acquisita altresì quella propria dei progettisti che hanno redatto gli elaborati progettuali.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 marzo 2019

Il Segretario, Maria Esposito