Pubblicato il 06/05/2020

N. 02864/2020REG.PROV.COLL.
N. 10081/2019 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10081 del 2019, proposto da

Musinet Engineering s.p.a., in persona del presidente del consiglio di amministrazione pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni, Alessandro Mazza e Manuela Sanvido, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Udine 6;

contro

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Sitec Engineering s.r.l., G.E. Granda Engineering s.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (sezione prima) n. 948/2019, resa tra le parti, concernente il provvedimento con cui

l'ANAS - Coordinamento Territoriale Nord Ovest ha risolto in autotutela il contratto con la Musinet Engineering s.p.a. relativo al servizio di assistenza alla progettazione esecutiva per i lavori di manutenzione straordinaria delle opere di protezione marginale mediante adeguamento dei dispositivi di ritenuta esistenti con eventuale realizzazione di banchettone lungo le strade statali nn. 33/III-337 e 659;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio e la memoria difensiva dell'Anas s.p.a.;
Viste le brevi note ex art. 84, comma 5 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, depositate il 16 aprile 2020 dall'appellante Musinet Engineering s.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020, tenutasi con le modalità previste dall'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, il consigliere Fabio Franconiero; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Musinet Engineering s.p.a. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte in epigrafe, con cui è stato respinto il suo ricorso per l'annullamento del provvedimento dell'ANAS di «*risoluzione in autotutela*» dell'affidamento precedentemente disposto in suo favore, all'esito di procedura negoziata, del servizio di assistenza alla progettazione esecutiva relativa ai lavori di manutenzione straordinaria delle opere di protezione marginale mediante adeguamento dei dispositivi di ritenuta esistenti, con eventuale realizzazione di banchettone, lungo le strade statali 33/III, 337 e 659 (di cui al contratto n. reg. 3469 del 5 settembre 2018).
2. Il provvedimento in autotutela (portante il n. prot. 618410 del 20 novembre 2018, del responsabile del Coordinamento Territoriale Nord Ovest dell'ANAS) era adottato sulla base della «*violazione del Codice Etico Aziendale, al*

cui rispetto sono tenuti tutti i soggetti che entrano in contatto con Anas SpA», emersa all'esito delle verifiche sul possesso dei requisiti ex art. 80 del citato codice dei contratti pubblici nei confronti della società affidataria, ulteriori rispetto a quello già svolte prima della stipula del contratto. Con il medesimo provvedimento era disposta l'escussione della cauzione definitiva e lo scorrimento della graduatoria al concorrente collocato in posizione immediatamente successiva in graduatoria della procedura negoziata.

3. Qualificato il provvedimento impugnato come annullamento d'ufficio, e dato atto che il relativo presupposto, per ammissione della stessa Musinet Engineering, consisteva nel fatto che l'amministratore delegato di quest'ultima «*è dipendente di ANAS con posizione apicale all'interno della Direzione Generale*», la sentenza in epigrafe ha ritenuto lo stesso legittimo e non inficiato dalle censure dedotte dalla medesima società ricorrente. Per la sentenza il cumulo di queste due qualità: «*integra gli estremi di un conflitto di interessi ai sensi dell'art. 4 del Codice etico aziendale e dell'art. 42 del decreto legislativo n. 50 del 2016*» e dunque «*la causa di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lett. d) del codice dei contratti pubblici*».

5. La Musinet Engineering contesta il fondamento di tale statuizione, con appello affidato ad un unico complesso motivo.

6. L'ANAS si è costituita in resistenza all'appello.

DIRITTO

1. Preliminarmente si deve dare atto che la Musinet Engineering ha esteso il contraddittorio alle due società partecipanti alla procedura negoziata originariamente aggiudicata alla società appellante, e cioè la Sitec Engineering s.r.l. e la G.E. Granda Engineering s.r.l., mediante notifica dell'appello ai rispettivi indirizzi di posta elettronica certificata.

2. Nel merito, con il primo motivo d'appello la Musinet Engineering censura la sentenza per violazione del sopra citato art. 80, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016. L'appellante premette di essere partecipata al 100% dalla S.I.T.A.F. s.p.a., società a sua volta controllata dall'ANAS, in virtù della

partecipazione di maggioranza assoluta detenuta in quest'ultima, pari al 51,0924% del capitale sociale, e contesta che la descritta situazione di controllo possa determinare un conflitto di interessi rilevante ai sensi della disposizione del codice dei contratti pubblici ora richiamata. Richiama al riguardo il parere di questo Consiglio di Stato del 5 marzo 2019, n. 667, reso sullo «*Schema di Linee guida aventi ad oggetto "Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici", in attuazione dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*», dell'ANAC, in cui si è affermato che dalle disposizioni del codice dei contratti pubblici sul conflitto di interessi non è ricavabile un divieto per una società controllata dalla stazione appaltante di partecipare a procedure di affidamento indette da quest'ultima.

3. La Musinet Engineering aggiunge che nella descritta situazione di controllo societario un eventuale conflitto di interessi potrebbe in ipotesi configurarsi in presenza «*di un vero e proprio interesse personale da parte di colui che si trovi a prestare la propria attività lavorativa a favore sia della stazione appaltante che del concorrente, che sia, al contempo, anche in contrasto con gli interessi della stessa stazione appaltante*». Tuttavia – sottolinea l'appellante – una simile posizione conflittuale avrebbe dovuto essere dimostrata in concreto dall'ANAS, mentre con l'atto di risoluzione impugnato ciò non sarebbe avvenuto, per cui la sentenza di primo grado sarebbe errata per avere invece ritenuto legittimo l'automatismo sul quale il medesimo provvedimento si basa.

4. Sotto un distinto profilo la Musinet Engineering deduce che rispetto al preteso conflitto di interessi ravvisato dall'ANAS nei confronti del proprio dipendente, astrattamente riconducibile all'art. 42 del codice dei contratti pubblici, la società affidataria deve considerarsi estranea. Al medesimo riguardo, l'originaria ricorrente censura la sentenza di primo grado per non avere inoltre considerato che il codice etico dell'ANAS «*è un complesso di norme sociali ed etiche ispirate ai principi di legalità, di correttezza, di trasparenza, di riservatezza e di rispetto della dignità della persona*» diretto ai dipendenti dell'ente,

per cui ogni sua eventuale violazione «*può riverberarsi esclusivamente sulla persona fisica responsabile della violazione e non anche su un soggetto comunque estraneo al predetto rapporto di subordinazione*».

5. La Musinet Engineering deduce inoltre che la motivazione del provvedimento impugnato sarebbe carente nell'individuare «*indici rivelatori di una situazione di effettivo conflitto di interessi*» e in relazione al presupposto dell'impossibilità di risolvere tale situazione in modo diverso dalla risoluzione dell'affidamento, invece richiesto dall'art. 80, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016 più volte richiamato perché un operatore economico possa esservi escluso.

6. Infine l'appellante ripropone la censura di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento che ha portato alla «*risoluzione in autotutela*» dell'affidamento del servizio.

7. Le censure così sintetizzate sono fondate.

8. Deve premettersi che il provvedimento impugnato si fonda sulla sola violazione del codice etico dell'ANAS, non ulteriormente precisata.

E' peraltro incontroverso che il riferimento sia all'art. 4 dei «*principi etici generali*», rubricato «*conflitto di interesse*», che per quanto di interesse nel presente giudizio fa divieto ai dipendenti dell'amministrazione resistente di perseguire «*interessi diversi da quello della missione aziendale*» o di avvantaggiarsi «*personalmente di opportunità d'affari dell'impresa*»; ed ancora di astenersi da attività «*che contrasti con il corretto adempimento dei compiti d'ufficio*», oltre che dal partecipare «*a qualsiasi attività che possa generare o far apparire un conflitto d'interesse, in osservanza ai principi di legalità, lealtà, correttezza e trasparenza*». La disposizione del codice etico in esame vieta ulteriormente al dipendente di assumere «*incarichi esterni in società o imprese commerciali i cui interessi siano direttamente o anche solo potenzialmente contrastanti o interferenti con quelli di Anas*» ed inoltre «*incarichi di collaborazione con soggetti che abbiano, o abbiano avuto nel biennio precedente, un interesse economico in decisioni o attività inerenti l'ufficio*».

Il provvedimento impugnato non richiama invece né l'art. 42, né tanto meno l'art. 80, comma 5, lett. d), del codice dei contratti pubblici. Nondimeno sulle disposizioni in questione si è svolto il dibatto processuale nel giudizio di primo grado e in relazione ad esse vertono le censure contenute nel presente appello, necessitate dal fatto che la sentenza di primo grado ha ritenuto il provvedimento impugnato conforme alle medesime.

9. Tra le censure formulate dalla Musinet Engineering vi è tuttavia quella, sopra sintetizzata, con cui la società di ingegneria affidataria la sostiene che la sola violazione del codice etico dell'ANAS non sarebbe sufficiente a giustificare la risoluzione in autotutela disposta da quest'ultima nei propri confronti, perché il codice etico contiene norme di comportamento rivolte ai dipendenti dell'amministrazione, gli unici passibili di sanzioni per ogni sua eventuale violazione, a differenza di soggetti estranei all'organizzazione interna della medesima amministrazione, quali la società appellante.

La censura è in effetti fondata.

A prescindere dalla fondatezza dell'addebito ai sensi del sopra citato art. 4 del codice etico che l'ANAS ha ravvisato nel fatto che il proprio dipendente era contemporaneamente amministratore delegato della società affidataria del servizio di verifica della progettazione - questione affrontata *infra* - la stessa violazione non può comunque riflettersi in via automatica sulla medesima affidataria, con la risoluzione dell'incarico di servizio di assistenza alla progettazione esecutiva. Quale soggetto estraneo alla struttura organizzativa dell'ANAS e pertanto agli obblighi stabiliti nel medesimo codice etico, la Musinet Engineering non può infatti essere considerata autrice di alcuna violazione eventualmente sanzionabile a termini dello stesso testo interno all'amministrazione. E' dunque errato il provvedimento impugnato che ha invece ritenuto applicabile tale codice aziendale ad un soggetto esterno all'ente e nei confronti dei quali non è invece predicabile alcun rapporto di dipendenza che funge da presupposto necessario per l'applicazione dei doveri in esso previsti.

10. Elementi in questo senso si ricavano dall'art. 42 d.lgs. n. 50 del 2016, di cui l'art. 4 del codice etico dell'ANAS costituisce specifica applicazione per quest'ultimo ente.

Il comma 2 dell'art. 42 prevede infatti che nella materia dei contratti pubblici il conflitto di interessi è tra l'altro integrato «*quando il personale di una stazione appaltante* (…) *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*»; il successivo comma 3, da un lato, pone a carico del dipendente che versa in tale situazione l'obbligo di darne comunicazione alla stazione appaltante e di astenersi dal partecipare alla procedura di affidamento; e dall'altro lato prevede che salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale eventualmente configurabili, la mancata astensione è «*comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico*». La violazione dei doveri che sorgono a carico del dipendente in situazione di conflitto di interessi è quindi fonte di sanzioni solo per quest'ultimo.

11. Il fondamento dell'art. 42 d.lgs. n. 50 del 2016, comune al codice etico dell'ANAS, è evidente: si vuole con esso sanzionare il dipendente dell'amministrazione titolare di un interesse - «*finanziario, economico o altro interesse personale*» (così la disposizione del codice dei contratti pubblici ora richiamata) - antagonista rispetto a quello pubblico che i doveri del proprio ufficio gli imporrebbero di perseguire, e che in ragione di ciò lo faccia percepire come non soggetto imparziale «*nel contesto della procedura di appalto o di concessione*». La funzione dell'art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 in esame è dunque quella di prevenire ogni situazione in cui «*lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che ha* (sic) *contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse funzionalizzato*» (così il parere del 5 marzo 2019, n. 667, di questo Consiglio di Stato sullo schema di Linee guida ANAC relative all'*"Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di*

affidamento di contratti pubblici"; § 2.3); situazione che nel settore dei contratti pubblici si traduce nel pericolo di una «*distorsione della concorrenza*» e che non sia «*garanti*(ta) *la parità di trattamento di tutti gli operatori economici*» (idem; § 3).

La disposizione di legge, come anche il codice etico dell'ANAS, non regola invece la posizione del soggetto eventualmente avvantaggiatosi dalla mancata astensione del dipendente pubblico in conflitto di interessi, per cui nei confronti dello stesso non è in linea di principio predicabile alcuna conseguenza sfavorevole (in questi termini si è già espresso il sopra menzionato parere del 5 marzo 2019, n. 667: in particolare nel § 5).

12. Non è tuttavia questo il caso oggetto del presente giudizio, dal momento che l'amministratore delegato della Musinet Engineering, assegnato alla direzione generale dell'ANAS, non ha preso alcuna parte nell'affidamento del servizio di assistenza alla progettazione poi risolto in autotutela con il provvedimento impugnato nel presente giudizio dal Coordinamento territoriale nord-ovest dello stesso ente affidante, per cui difettano in radice i presupposti per applicare il codice etico aziendale dell'ANAS.

13. I rilievi che precedono conducono a ritenere fondata la censura finora esaminata, la quale è da sola sufficiente per l'annullamento del provvedimento impugnato nel presente giudizio.

14. Rispetto a quanto finora considerato deve tuttavia aggiungersi che in base al sopra citato art. 80, comma 5, lett. d), del codice dei contratti pubblici - che la sentenza ha nel caso di specie ritenuto violato - è impedita la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici «*dell'operatore economico*» che sia tale da «*determin*(are) *una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2*» e sia «*non diversamente risolvibile*». Dal coordinamento delle due disposizioni deriva che il conflitto di interessi del dipendente pubblico può avere un riflesso esterno all'amministrazione e comportare l'esclusione da procedure di affidamento dell'operatore economico o, laddove la fase preordinata alla stipula del contratto si sia già conclusa – come nel caso di specie – la risoluzione di un affidamento precedentemente disposto.

Sennonché, come deduce l'appellante, il provvedimento impugnato nel presente giudizio non prende alcuna posizione al riguardo. Esso non spiega infatti perché la supposta violazione del codice etico da parte del proprio dipendente ed amministratore delegato della società di ingegneria affidataria «*determini una situazione di conflitto di interesse* (…) *non diversamente risolvibile*», come invece richiesto dall'art. 80, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016. Non è in particolare chiaro perché dall'affidamento del servizio ad una società il cui amministratore delegato è un proprio dipendente derivi all'ANAS, in guisa di automatismo, «*una riduzione del soddisfacimento dell'interesse funzionalizzato*» (così il parere di questo Consiglio di Stato del 5 marzo 2019, n. 667, più volte richiamato), ovvero una lesione degli interessi istituzionali dell'ente e una caduta dell'immagine di imparzialità amministrativa, rimuovibile solo con la risoluzione dell'affidamento.

15. Si può ipotizzare al riguardo che il conflitto di interessi ravvisato dall'ANAS risieda nel vantaggio attribuito ad una società in cui un proprio dipendente abbia una carica di vertice: anche in mancanza di un pregiudizio degli interessi istituzionali dell'ente si potrebbe supporre che quest'ultimo abbia valutato come lesivo della propria immagine il fatto di affidare contratti a società in cui un proprio dipendente abbia delle interessenze.

Tuttavia, in primo luogo, in un ordinamento in cui occupa un rilievo centrale l'obbligo di motivazione espressa dei provvedimenti, sancito dall'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, 7 agosto 1990, n. 241, non compete al giudice amministrativo andare alla ricerca delle possibili ragioni alla base delle determinazioni assunte, ulteriori a quelle concretamente manifestate. Va infatti ribadito sul punto che la «*risoluzione in autotutela*» impugnata nel presente giudizio si limita ad un richiamo non ulteriormente precisato al codice etico aziendale dell'ANAS, senza altre specificazioni che possano valere a chiarire se la situazione di conflitto di interessi prevista dal complesso dei doveri deontologici a carico del proprio personale dipendente possa automaticamente propagarsi ai soggetti terzi che contrattino con l'ente.

In secondo luogo, se anche così fosse è evidente che non sarebbe l'art. 4 del codice etico aziendale la norma violata, perché - va qui ribadito - il dipendente in questione non ha agito per conto dell'ANAS. Infatti, il servizio di assistenza alla progettazione esecutiva di cui al contratto poi risolto è stato affidato alla società appellante all'esito di una procedura di gara che quest'ultima si è aggiudicata in virtù del maggiore ribasso offerto sulla base d'asta; il successivo contratto (n. reg. 3469 del 5 settembre 2018) è stato quindi stipulato sulla base della verifica dei requisiti ex art. 80 del codice dei contratti pubblici dichiarati dallo stesso amministratore delegato della Musinet Engineering e dipendente dell'ANAS.

16. Della circostanza ora menzionata, che ha poi condotto all'adozione del provvedimento impugnato nel presente giudizio, l'ente doveva ritenersi dunque consapevole *ab origine* e nondimeno ha valutato che non vi fosse alcuna ragione ostativa dapprima alla partecipazione alla gara e quindi alla stipula del contratto, in cui per l'affidataria ha per giunta sottoscritto il medesimo dipendente.

Il dato fondamentale è che quest'ultimo non ha agito per conto dell'ANAS, per cui anche sotto il profilo ora in esame si riscontra una carenza dei presupposti per fare applicazione dell'art. 4 del codice etico aziendale invece operato nel provvedimento impugnato come unica sua ragione fondante. Ancora al medesimo riguardo deve sottolinearsi che la Musinet Engineering era iscritta nell'elenco dei fornitori dell'ANAS, ed in tale qualità quest'ultimo le aveva invitato la richiesta di offerta (in data 3 maggio 2018), per cui deve presumersi che già a quel momento l'ente aveva ritenuto non ostativa l'interessenza del proprio dipendente in tale società per futuri affidamenti alla stessa di servizi di ingegneria.

17. Ma a prescindere dai rilievi sinora svolti sono in ogni caso fondate le ulteriori censure dirette a contestare che tra la Musinet Engineering e l'ANAS vi sia una situazione di conflitto di interessi che impedisca a quest'ultima di affidare incarichi di progettazione alla prima.

Il dato fondamentale da cui occorre muovere, condivisibilmente sottolineato nell'appello, è che tra l'affidataria e l'amministrazione resistente vi è un rapporto di controllo societario: attraverso la partecipazione di maggioranza assoluta dell'ANAS nella S.I.T.A.F., pari al 51,0924% del capitale, la stessa ANAS controlla anche la Musinet Engineering, in virtù della partecipazione totalitaria in quest'ultima della propria controllata in via diretta.

La descritta situazione di controllo societario impedisce di ritenere che nell'affidamento di contratti dall'ente posto al vertice della catena di comando a favore della società alla base del medesimo rapporto possa ravvisarsi una situazione di conflitto di interessi. Ciò nella misura in cui l'esecuzione di servizi di ingegneria da parte di quest'ultima aumenta le qualificazioni e le capacità della stessa e così incrementa il valore della partecipazione societaria in essa detenuta dall'ente affidante, attraverso la propria diretta controllata S.I.T.A.F.

18. In senso conforme a quanto ora affermato, e cioè che è legittimo che un'amministrazione affidi contratti a proprie entità controllate all'esito di procedure di gara senza che in ciò possa automaticamente ravvisarsi un conflitto di interesse, si è del resto espresso già espressa questa Sezione. Dapprima con sentenza del 5 giugno 2018, n. 3401, si è statuito che l'art. 42, comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016, si riferisce testualmente all'ipotesi di situazioni conflittuali in cui versa il «*solo "personale" della stazione appaltante*», senza che tale disposizione possa essere estesa alle «*società partecipate o controllate dalla stazione appaltante*»; ed in seguito, con sentenza 17 aprile 2019, n. 2511, in cui si è ribadito che «*l'art. 42, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (cui rimanda l'art. 80, comma 5, lett. d) che ne fa una causa di esclusione dell'operatore economico)*» si riferisce «*a qualsiasi soggetto che, in forza di un valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi*», mentre l'ipotesi della partecipazione ad procedura di evidenza pubblica di una società partecipata dalla stazione appaltante, sebbene possa avere un «*impatto potenzialmente maggiore sul piano dell'imparzialità e della*

trasparenza», è tuttavia diversa ed espressamente ammessa in base al testo unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

In quest'ultima pronuncia si è aggiunto che nel settore dei contratti pubblici l'ipotesi del conflitto di interessi non può essere predicata in via astratta, ma deve essere accertata «*in concreto sulla base di prove specifiche*». Si richiede in altri termini che la «*minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione*» ex art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, in relazione alla causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. d), del medesimo codice, sia dimostrata sulla base di presupposti specifici, di cui il provvedimento di esclusione dia adeguata motivazione.

Nulla di tutto ciò è avvenuto nel caso di specie, in cui, al contrario, la Musinet Engineering si è aggiudicata la procedura di gara sulla base del dato obiettivo consistente nel maggior ribasso offerto rispetto agli altri concorrenti.

19. Da ultimo, nel senso che l'affidamento di un contratto ad un soggetto partecipato costituisca una fattispecie estranea al conflitto di interessi ai sensi degli artt. 42, comma 2, e 80, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016 si è espresso questo Consiglio di Stato con il parere del 5 marzo 2019, n. 667 sulle linee guida ANAC in materia.

In linea con la giurisprudenza poc'anzi richiamata, nell'atto consultivo si è precisato (nel § 5) che pur a fronte dell'«*oggettiva problematicità di situazioni in cui una società controllata partecipi alla gara indetta dalla sua controllante*», non ha fondamento normativo «*il tentativo, ai limiti dell'abuso del diritto, di individuare indirettamente la regola nell'art. 42, comma 2 del codice*», la quale – come già più volte chiarito - «*disciplina esclusivamente le situazioni di conflitto di interessi del funzionario pubblico*». In questa situazione, si è ulteriormente affermato che l'«*eventuale danno alla concorrenza derivante dalla partecipazione azionaria della stazione appaltante non potrebbe così essere inputato all'agente, salvo a ritenere che, poiché questi agisce nell'interesse della stazione, quindi potrebbe favorire la società controllata non per suo*

personale interesse ma per quello del terzo (stazione appaltante) incorrendo così nella ipotesi di interesse indiretto».

Il parere ha così 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 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 condividerne 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*».

20. Le considerazioni svolte nel parere finora esaminato si addicono anche al caso oggetto del presente giudizio e conducono ad escludere che possa configurarsi un conflitto di interessi nel caso dell'affidamento alla Musinet Engineering, ottenuto all'esito di una procedura di gara regolarmente svoltasi, del servizio di assistenza alla progettazione a favore dell'ANAS, alle cui dipendenze figura l'amministratore delegato della prima. Per quanto concerne in particolare i rischi che nella procedura di gara non sia assicurata l'imparzialità e la *par condicio* tra i concorrenti, a causa del rapporto di controllo societario della stazione appaltante, essi devono nello specifico essere esclusi per il fatto che - come sopra evidenziato - il criterio di aggiudicazione era quello del massimo ribasso, e dunque di carattere oggettivo, per cui difettano i presupposti per ritenere configurabile la causa di esclusione prevista dal più volte citato art. 80, comma 5, lett. d), del codice dei contratti pubblici.

21. In conclusione, la «*risoluzione in autotutela*» impugnata nel presente giudizio:

- in modo apodittico ed immotivato ha ravvisato una situazione di conflitto di interessi di un proprio dipendente;

- ha inoltre erroneamente esteso in via automatica l'addebito alla società affidataria, iscritta nell'albo dei propri fornitori, di cui quest'ultimo è amministratore delegato, come peraltro sin dall'inizio noto;

- ha infine erroneamente reputato esistente una situazione di conflitto di interessi tra l'amministrazione e la medesima società, benché questa sia indirettamente controllata, ed in presenza di un vantaggio economico diretto derivatogli dallo svolgimento del servizio di assistenza alla progettazione ottenuto sulla base del maggior ribasso offerto in gara e dell'ulteriore beneficio consistente nell'accrescimento della capacità tecnica della medesima controllata.

Errata è anche la sentenza di primo grado che non ha rilevato i vizi ora sintetizzati e non ha così annullato il provvedimento impugnato.

22. L'accoglimento della domanda di annullamento determina, quale suo effetto naturale, la reviviscenza del contratto tra l'ANAS e la Musinet Engineering, se non ancora eseguito da terzi, in seguito allo scorrimento della graduatoria di gara disposto con il provvedimento impugnato nel presente giudizio. Alla medesima condizione è subordinato l'accoglimento della domanda, riproposta in appello, di subentro nel contratto eventualmente stipulato con tali soggetti, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso.

23. La Musinet Engineering ha peraltro chiesto anche il risarcimento del danno per «*grave nocumento*» all'immagine e al proprio *curriculum* professionale, che gli sarebbe derivato dalla segnalazione all'ANAC del fatto che ha portato all'annullamento dell'affidamento a suo favore. L'appellante ha dedotto al riguardo che tale segnalazione «*impedisce alla stessa, di fatto, di partecipare a gare pubbliche*» e dunque l'accrescimento delle proprie qualificazioni.

24. La domanda va respinta.

Per il passato l'appellante non ha dato prova, come sarebbe invece stato suo onere fare, della perdita di occasioni di guadagno attraverso la partecipazione

ad altre procedure di gara; per il futuro l'immagine commerciale della medesima società è ristorato con la presente pronuncia.

25. L'appello deve pertanto essere accolto nei termini sopra espressi, per i quali in riforma della sentenza di primo grado va accolto anche il ricorso della Musinet Engineering.

La complessità delle questioni controverse giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso della Musinet Engineering s.p.a. ed annulla gli atti con esso impugnati; dispone il subentro dell'appellante nel contratto eventualmente stipulato dall'ANAS s.p.a. con terzi, se non ancora eseguito.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO