

DELIBERA N. 80 DEL 29 gennaio 2020

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dalla Soc. Datacontact S.r.l., mandataria del costituendo raggruppamento con Lucana Sistemi S.r.l. e Cooperativa EDP La Traccia — Gara telematica mediante procedura aperta per l'acquisizione di soluzioni e servizi avanzati a supporto dell'agenda digitale – Importo a base di gara: euro 18.200.808,96 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Dipartimento SUA– Regione Basilicata/Ufficio appalti servizi e forniture

PREC 222/19/S

Conflitto d'interessi – Ambito soggettivo di applicazione – Personale del prestatore di servizi – Deve svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto.

Le ipotesi di cui all'art. 42, comma 2, del Codice si riferiscono a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale e si verificano quando il "dipendente" pubblico (ad esempio, il Rup ed i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, esecuzione contratto e collaudi) ovvero colui (anche un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni.

Art. 42 d.lgs. 50/2016

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 94037 del 22 novembre 2019, la Soc. Datacontact S.r.l., mandataria del costituendo raggruppamento con la Soc. Lucana Sistemi S.r.l. e Cooperativa EDP La Traccia, ha chiesto all'Autorità di esprimersi in merito al rispetto dei principi di segretezza delle offerte e della *par condicio competitorum* nella procedura in epigrafe descritta, nonché sulla correttezza dell'ammissione alla gara del raggruppamento composto dalla Soc. GPI S.p.A. e Publisys S.p.A. per l'esistenza di un potenziale conflitto di interessi della mandante Publisys S.p.A. in ragione del suo contemporaneo ruolo di concorrente alla gara ed appaltatrice del servizio di manutenzione correttiva ed adeguativa del sistema informatico SUA-RB, ove dovevano essere caricate le offerte da parte degli operatori economici partecipanti alla gara. Dalla documentazione versata in atti, risulta che, in data 21 giugno 2019, l'istante ha trasmesso una richiesta di chiarimenti alla Stazione appaltante in merito alle tutele predisposte per garantire la riservatezza, durante tutte le fasi di espletamento della gara, delle informazioni prodotte in sede di partecipazione dai concorrenti nonché sulle procedure di sicurezza informatica atte ad evitare che il fornitore della piattaforma telematica potesse avere accesso, anche solo a fini di manutenzione

tecnica, ai contenuti pubblicati dalle imprese concorrenti in gara. La richiesta di chiarimenti veniva giustificata dall'assenza di meccanismi di crittografia dei files inseriti dai partecipanti alle procedure di gara nel Portale appalti ed in ragione del potenziale conflitto di interessi in cui verserebbe la società Publysis s.p.A., aggiudicataria del *“Servizio di manutenzione adeguativa e correttiva al sistema informativo SUA RB Portale Appalto in uso servizio di Call Center al personale – servizio di help Desk agli operatori economici, supporto operativo di affiancamento tecnico agli uffici e formazione all’uso del sistema informativo dedicato al personale della SUA-RB”*, nel caso in cui decidesse di partecipare alla gara. Nella prima seduta pubblica di gara del 26 giugno 2019, la Commissione, preso atto delle richieste di chiarimento pervenute, ha rappresentato, quanto al primo profilo, che il sistema informativo SUA-RB Portale Appalti è implementato in linea con l'Allegato XI del D.lgs. 50/2016 che assicura la segretezza delle offerte, impedisce di operare sui documenti inviati, garantisce l'attestazione e la tracciabilità di ogni operazione compiuta sulla piattaforma e l'inalterabilità delle registrazioni di sistema (log).

In merito alla seconda questione sollevata, la Stazione appaltante ha segnalato che a far data dal 17 maggio 2019 (quindi un mese prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte), in via cautelativa, tutte le utenze di accesso ai server (Web Server, Application server e DBserver) del sistema informativo SUA-RB Appalti erano state disabilitate e le password di accesso, relative al profilo di root (amministratore) erano state modificate da un funzionario della SUA-RB, che ne deteneva il possesso: pertanto, tutte le attività di manutenzione tecnica e l'accesso agli applicativi web di back-office potevano essere effettuate solo ed esclusivamente dalla postazione informatica del suddetto funzionario, alla sua presenza. Secondo l'istante, le risposte fornite dalla Stazione appaltante in merito alla riservatezza degli atti di gara prodotti dai concorrenti sarebbero insufficienti da un punto di vista tecnico e di contenuto. In particolare, non sarebbe stata fornita alcuna risposta sul tema della crittografia dei documenti e delle modalità di decriptazione degli stessi, la cui mancanza si evincerebbe anche dalla lettura del verbale della seduta di gara del 25 giugno 2019 ove la Commissione non avrebbe fornito alcuna indicazione sull'inserimento di eventuali codici di sblocco delle buste e sul relativo contenuto ma avrebbe direttamente proceduto all'estrazione dei documenti caricati.

Pertanto, la misura adottata in via cautelativa dall'amministrazione dimostrerebbe che, nonostante il Portale Appalti sia stato concepito come conforme all'Allegato XI del D.lgs. 50/2016, prima della disabilitazione, era consentito accedere al sistema e a tutti i suoi contenuti con la password di amministratore e quindi anche al manutentore/amministratore di sistema (Publysis S.p.A.). Non sarebbe stata, invece, fornita alcuna risposta in merito al potenziale conflitto d'interessi sollevato.

Con nota prot. n. 860 dell'8 gennaio 2020 è stato comunicato l'avvio del procedimento.

La Stazione appaltante, nelle proprie memorie, ha preliminarmente rappresentato che, su invito del Capo di Gabinetto, destinatario, tra gli altri, della richiesta di chiarimenti

avanzata dalla Soc. Datacontact S.r.l. in data 21 giugno 2019, è stata data contezza di tutte le specifiche tecniche del Portale Appalti che garantiscono la segretezza delle offerte dalla fase di predisposizione della gara fino alla sua conclusione; al contenuto di tale documento si fa rinvio ai fini della dimostrazione dell'assoluta impossibilità per il gestore della piattaforma di accedere ai documenti caricati da parte degli altri concorrenti alla gara.

In merito al profilo del potenziale conflitto di interessi, la Stazione appaltante rileva l'inconferenza del richiamo all'art. 42, comma 2, del d.lgs. 50/2016, atteso che la norma si riferisce all'ipotesi in cui il lavoratore del prestatore di servizi, in virtù di legami contrattuali con la Stazione appaltante, partecipi in modo rilevante all'attività decisionale riferita alle varie fasi della gara; pertanto, con riferimento alla posizione della Soc. Publisys S.p.A., l'eventuale conflitto di interessi sarebbe da circoscrivere all'esecuzione del contratto di manutenzione del Portale appalti mentre l'assenza di qualsiasi apporto ed intervento nella procedura di gara in oggetto esclude, in radice, l'esistenza del conflitto di interessi.

La Stazione appaltante rappresenta, ancora, che l'istanza della Soc. Datacontact S.r.l. sarebbe destituita di ogni fondamento in ragione della tempistica di presentazione delle offerte: invero, l'offerta del raggruppamento composto dalla Soc. GPI S.p.A. e Publisys S.p.A. è stata presentata in data 24 giugno 2019 mentre quella del raggruppamento istante il successivo 25 giugno 2019. Infine, chiede che l'istanza sia archiviata ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. d) del vigente *Regolamento in materia di pareri precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019, per intervenuta proposizione, dinanzi al TAR Basilicata, di un ricorso di contenuto analogo.

Anche il costituendo raggruppamento composto dalle Soc. GPI S.p.A. e Publisys S.p.A. ha prodotto memorie, acquisite al prot. n. 2364 del 13 gennaio 2020.

In via preliminare, la controinteressata rappresenta che la Soc. Datacontact S.r.l. sarebbe carente dei requisiti di moralità indispensabili per essere ammessa alle procedure di evidenza pubblica in ragione della sentenza del Consiglio di Stato n. 2855/2018 che avrebbe accertato l'inidoneità delle misure di dissociazione assunte successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna che ha colpito i vertici dell'azienda, con la conseguenza che l'istanza prodotta in tale sede sarebbe da dichiarare inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. b) del citato Regolamento in materia di precontenzioso.

Per quanto concerne il paventato conflitto di interessi, la GPI S.p.A., nel rilevare l'assoluta genericità delle contestazioni mosse dall'istante, rappresenta come dall'analisi dell'art. 42, comma 2 del d.lgs. 50/2016 e delle Linee Guida ANAC n. 15, emerge chiaramente l'insussistenza del potenziale conflitto di interessi in capo alla Publisys S.p.A.: detta società non dispone, infatti, di dipendenti che abbiano il compito di manifestare all'esterno la volontà dell'Ente o che ne possano in qualche modo influenzare le determinazioni. Sull'aspetto della segretezza dell'offerte, ha ampiamente argomentato in merito a tutte le specifiche tecniche del Portale Appalti, ivi compresa la cifratura dei files.

E' inoltre pervenuta la nota con cui la Regione Basilicata – Dipartimento Programmazione e finanze –Ufficio Amministrazione digitale ha riscontrato la richiesta di approfondimento del Capo di Gabinetto sugli specifici profili evidenziati dall'istante nella citata nota del 21 giugno 2019. Dopo una dettagliata analisi della genesi e della struttura della Piattaforma, l'Ufficio afferma, in conclusione, che non è stata implementata sul Portale Appalti della SUA-RB nessuna procedura di sigillatura (alias crittografia) che garantisca in maniera inoppugnabile e inequivocabile che le offerte precedentemente caricate in formato pdf non siano state lette da personale addetto alla gestione e manutenzione sia applicativa che sistemistica delle procedure e dei server ospitanti le stesse. A detta nota ha fatto rinvio l'istante nelle memorie presentate nel corso del procedimento ed acquisite al prot. n. 2512 del 14 gennaio 2020.

Considerato in diritto

Sulle questioni sollevate in via incidentale e preliminare dalla Soc. GPI S.p.A. e dalla Stazione appaltante

Come anticipato, la Soc. GPI S.p.A. ha evidenziato, sia pur in via incidentale, che la Soc. Datacontact S.r.l. sarebbe carente dei requisiti di moralità indispensabili per essere ammessa alle procedure di evidenza pubblica in ragione della sentenza del Consiglio di Stato n. 2855/2018 che avrebbe accertato l'inidoneità delle misure di dissociazione assunte successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna che ha colpito i vertici dell'azienda; pertanto, l'istanza di precontenzioso sarebbe da dichiarare inammissibile/improcedibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. b) del citato Regolamento in materia di precontenzioso. Sul punto si rappresenta che l'art. 7, comma 1, lett. b) del *Regolamento in materia di pareri precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019, stabilisce che sono inammissibili le istanze non presentate dai soggetti indicati all'art. 3 del Regolamento. A sua volta, tale disposizione stabilisce, al secondo comma, che sono legittimate a presentare istanza le persone fisiche che esprimono all'esterno la volontà dei soggetti che possono richiedere il parere ai sensi dell'art. 211, comma 1, primo periodo, del codice (stazione appaltante o uno o più delle altre parti).

Pertanto, essendo la Soc. Datacontact S.r.l. concorrente della procedura di gara in esame, non vi è dubbio che rientrasse tra le sue facoltà avanzare l'istanza di precontenzioso. Si ricorda, peraltro, che ai sensi dell'art. 80, comma 7, del codice e nei limiti ivi previsti, l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione (cd *self-cleaning*) e la valutazione in merito all'idoneità (*rectius* sufficienza) delle misure adottate attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante, al quale l'Autorità non può sostituirsi.

Anche la questione preliminare sollevata dalla Stazione appaltante in merito alla sussistenza di un ricorso di contenuto analogo all'istanza presentata - da cui ne deriverebbe l'inammissibilità ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. d) del più volte citato Regolamento – appare infondata.

Invero, da un controllo sul sito della giustizia amministrativa, risulta chiaramente che oggetto dell'impugnativa e della richiesta di annullamento è un atto estraneo alla procedura di gara in esame ma soprattutto che le parti del giudizio sono (parzialmente) diverse rispetto a quelle interessate dal presente parere; in particolare, il ricorrente non coincide con la Società istante.

Ebbene, per pacifica giurisprudenza, salvo casi eccezionali, il giudicato amministrativo è sottoposto alle disposizioni processualcivilistiche, per cui opera solo *inter partes*, secondo quanto previsto per il giudicato civile dall'art. 2909 c.c.. (“*L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*”) (Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl. nn. 4 e 5 del 2019).

Pertanto, anche qualora la *causa petendi* del ricorso pendente dinanzi al TAR Basilicatafosse analoga a quella del presente parere, tuttavia gli effetti della sentenza che verrà pronunciata non potranno automaticamente estendersi alla Soc. Datacontact S.r.l., con la conseguenza che il richiamo all'art. 7, comma 1, lett. d) del Regolamento sul rilascio dei pareri di precontenzioso risulta inconferente.

Sul rispetto dei principi di segretezza delle offerte e della par condicio competitoturm

La prima questione sollevata dall'istante attiene alle garanzie offerte dal Portale Appalti SUA-RB circa il rispetto dei principi di segretezza e riservatezza delle offerte presentate dai concorrenti nella procedura di gara in esame.

In via preliminare, corre l'obbligo di segnalare che l'art. 40, comma 2, del d.lgs. 50/2016, recependo la Direttiva Europea 2014/24/UE, ha previsto l'obbligo, a decorrere dal 18 ottobre 2018, di utilizzare mezzi elettronici per le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di gara. Analogamente, l'art. 52 del Codice detta una serie di regole e prescrizioni applicabili alle comunicazioni elettroniche e prevede alcune situazioni in cui è ammessa la deroga al loro utilizzo. La disposizione, peraltro, rinvia all'Allegato XI del Codice che contiene un elenco di requisiti relativi agli strumenti e ai dispositivi di ricezione elettronica delle offerte, delle domande di partecipazione, delle domande di qualificazione, nonché dei piani e progetti nei concorsi.

Nell'Atto di segnalazione n. 7 del 19 dicembre 2018, il Consiglio dell'Autorità ha rilevato che la collocazione sistematica delle disposizioni codicistiche richiamate ed in particolare dell'art. 52 che figura nella Sezione I, disposizioni comuni, prefigura la volontà del legislatore di prevedere un obbligo generalizzato di utilizzo delle comunicazioni elettroniche.

Riguardo alla nozione di comunicazioni e scambi di informazioni, nel documento si evidenzia che l'art. 22, co. 2, della Direttiva (recepito interamente nell'art. 52, co. 4, del Codice) stabilisce che gli elementi essenziali della procedura di appalto includono i documenti di gara, le richieste di partecipazione, le conferme di interesse e le

offerte. Le comunicazioni pertengono dunque, essenzialmente, anche se non esclusivamente, ai documenti di gara e *in primis* alle domande e alle offerte presentate dagli operatori economici. Pertanto, fatte salve le deroghe specificamente contemplate all'art. 52, co. 1, del Codice, dal 18 ottobre 2018 è vigente l'obbligo per le stazioni appaltanti di utilizzare gli strumenti telematici per lo svolgimento delle procedure di affidamento.

La *ratio* di tale obbligo, risiederebbe, secondo l'Autorità, nell'obiettivo di facilitare l'ingresso nel mercato europeo dei competitors, soprattutto di quelli esteri, attraverso la semplificazione delle modalità di presentazione dei documenti di gara. A *latere* rispetto a tale primario interesse, le norme intendono senza dubbio valorizzare anche l'esigenza di promuovere una maggiore trasparenza e tracciabilità dei procedimenti selettivi, assicurando al contempo la sicurezza e la riservatezza delle informazioni scambiate.

Anche la giurisprudenza ha rilevato come *“La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388; Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990).

Acclarato, pertanto, che il ricorso a strumenti telematici per la gestione delle procedure di gara costituisce un obbligo per le stazioni appaltanti e che tale modalità di espletamento della gara presenta degli indiscutibili vantaggi con riferimento ai profili della segretezza ed immodificabilità delle offerte, si rileva, con riferimento al caso di specie, gli Uffici interni alla Stazione appaltante pervengono a divergenti conclusioni in merito all'esistenza di procedure che garantiscano, in maniera inoppugnabile e inequivocabile, che le offerte precedentemente caricate sul Portale Appalti della SUA-RB non siano lette da personale addetto alla gestione e manutenzione sia applicativa che sistemistica delle procedure e dei server ospitanti le stesse.

Anche la misura della disabilitazione delle utenze di accesso ai server del sistema informativo SUA-RB Appalti, secondo l'Ufficio Amministrazione digitale della Regione Basilicata, non risolverebbe assolutamente le criticità evidenziate dal momento che la stessa rende dubbie le attività di manutenzione sistemistica ed applicativa.

Tuttavia, considerato che la funzione svolta dall'Autorità in sede di rilascio di pareri di precontenzioso è quella di risolvere specifiche controversie insorte in sede di gara, l'esistenza o meno di sistemi di crittografia dei files caricati sul sistema perde di rilevanza, nel caso di specie, in ragione del tempo in cui sono state presentate le offerte dell'istante e della controinteressata.

Invero, risulta agli atti che l'offerta del raggruppamento composto dalle Soc. GPI S.p.A. e Publisys S.p.A. è stata presentata in data 24 giugno 2019, alle ore 17:45:56, mentre quella del raggruppamento istante è stata presentata successivamente, ovvero in data 25 giugno 2019, alle ore 10:17:14.

La previa presentazione dell'offerta da parte del raggruppamento controinteressato esclude, in radice, che, con riferimento a detta specifica procedura di gara, questi potesse concretamente accedere ai contenuti della documentazione presentata da parte dell'istante. D'altronde, la stessa nota prodotta dall'Ufficio amministrazione digitale lamenta l'assenza di procedure che garantiscano che il gestore della manutenzione della piattaforma possa avere accesso alle “*offerte precedentemente caricate in formato pdf*”.

Pertanto, nel rilevare che non è compito dell'Autorità valutare se il Portale Appalti SUA-RB sia implementato in modo da assicurare, in via generale, l'impossibilità per il manutentore del sistema informativo di prendere visione degli atti caricati sul sistema da parte dei concorrenti delle procedure di gara, tuttavia, nel caso di specie, vi è che l'istanza si appalesa infondata sotto il profilo della violazione del principio di segretezza delle offerte, inteso quale presidio irrinunciabile a difesa dei superiori principi della concorrenza e della *par condicio*. Invero, proprio il tempo in cui sono state presentate le offerte della controinteressata – gestore della piattaforma e dell'istante esclude in radice che sia stato concretamente recato un *vulnus* ai principi della segretezza degli atti di gara e della *par condicio* (in senso conforme si veda TAR Basilicata, sez. I, ord. n. 12 del 15 gennaio 2020).

Valga, infine, una considerazione.

La misura della disabilitazione delle utenze di accesso ai server con la consegna delle password ad un solo funzionario della SUA-RB appare una misura che garantisce con effettività la quantità e la natura delle operazioni effettuate sul Portale appalti. Invero, a meno che non si postuli un difetto d'imparzialità (che, integrerebbe, peraltro, gli estremi dell'abuso d'ufficio) a carico del pubblico ufficiale, lo svolgimento di ogni eventuale intervento manutentivo (che peraltro, stando alla ricostruzione della Soc. GPI S.p.A., non sarebbe avvenuto nel caso di specie) alla presenza del funzionario pubblico tutela ogni potenziale concorrente dal rischio che il manutentore della Portale appalti possa prendere visione degli atti di gara. Pertanto, la misura cautelativa della disabilitazione dei profili di accesso al Sistema informativo, ivi compreso quello della Soc. Publisys S.p.A., risulta aver ulteriormente garantito, nella vicenda in esame, la riservatezza e segretezza degli atti di gara.

Sul potenziale conflitto d'interessi della Soc. Publisys S.p.A.

Il secondo quesito che solleva l'istante concerne la sussistenza di un potenziale conflitto di interessi in capo alla Soc. Publisys S.p.A. in ragione della sua contemporanea veste di manutentore del sistema informativo SUA-RB Portale Appalti, ove dovevano essere caricate le offerte per la procedura di gara, e di concorrente della procedura stessa.

In via generale e sinteticamente si ricorda che l'art. 42, comma 2 del Codice stabilisce che *“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, n. 62”*.

Nelle linee guida n. 15, recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 494 del 5 giugno 2019, si chiarisce che *“Il conflitto di interesse individuato all'articolo 42 del codice dei contratti pubblici è la situazione in cui la sussistenza di un interesse personale in capo ad un soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito è potenzialmente idonea a minare l'imparzialità e l'indipendenza della stazione appaltante nella procedura di gara. 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”*. Ha inoltre chiarito che il rischio che si intende evitare può essere soltanto potenziale e va valutato ex ante rispetto all'azione amministrativa. Per quanto concerne l'ambito soggettivo di applicazione, nelle Linee guida si segnala che *“L'articolo 42 del codice dei contratti pubblici offre una definizione di conflitto di interesse riferita al «personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi». Si tratta dei dipendenti in senso stretto, ossia dei lavoratori subordinati dei soggetti giuridici ivi richiamati e di tutti coloro che, in base ad un valido titolo giuridico, legislativo o contrattuale, siano in grado di impegnare l'ente nei confronti dei terzi o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna. Si fa riferimento, ad esempio, ai membri degli organi di amministrazione e controllo della stazione appaltante che non sia un'amministrazione aggiudicatrice, agli organi di governo delle amministrazioni aggiudicatrici laddove adottino atti di gestione e agli organi di vigilanza esterni.”* e che la disposizione *“si applica ai soggetti individuati ai punti precedenti che siano coinvolti in una qualsiasi fase della procedura di gestione del contratto pubblico (programmazione, progettazione, preparazione documenti di gara, selezione dei concorrenti, aggiudicazione, sottoscrizione del contratto, esecuzione, collaudo, pagamenti) o che possano influenzarne in qualsiasi modo l'esito in ragione del ruolo ricoperto all'interno dell'ente.”* Infine, al punto 10.5 delle Linee guida vengono indicate, in forma tabellare, le varie fasi della procedura di gara, i soggetti coinvolti e i potenziali rischi di conflitto di interessi.

Anche la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che le ipotesi di cui all'art. 42, comma 2, del Codice si riferiscono a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale e si verificano quando il "dipendente" pubblico (ad esempio, il Rup ed i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, esecuzione contratto e collaudi) ovvero colui (anche un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni. (Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415)

La definizione normativa, del resto, appare coerente con lo *ius receptum* per cui le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della pubblica amministrazione, ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o meno un risultato illegittimo (Cons. Stato, VI, 13 febbraio 2004, n. 563).

Infine, giova ricordare che ai fini della configurazione di una situazione anche potenziale di conflitto di interessi ex art. 42 del Codice, sono richieste verifiche in concreto e "*prove specifiche*", mentre non è sufficiente effettuare mere ipotesi congetturali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2019, n. 2511; TAR Veneto, sez. I, 23 settembre 2019, n. 1021).

Venendo al caso di specie, si rileva, prioritariamente, che le contestazioni sollevate dall'istante appaiono generiche e non riferite a situazioni specifiche che possano aver determinato il conflitto d'interessi sollevato. Né detta situazione può farsi derivare dalla semplice circostanza che la Soc. Publisys S.p.A. sia l'affidataria del servizio di manutenzione del sistema informativo SUA-RB Portale Appalti: seguendo, infatti, i confini tracciati dall'Autorità, perché possa dirsi esistente il rischio di un conflitto d'interessi è necessario dimostrare che il personale del prestatore di servizi sia coinvolto nell'*iter* che conduce all'aggiudicazione della commessa pubblica, svolgendo una funzione tale per cui è in grado di impegnare l'ente nei confronti dei terzi ovvero rivestendo, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna.

Nessuna di tali circostanze appare ricorrere nel caso di specie: la Soc. Publisys, infatti, non risulta aver assunto il ruolo di prestatore di servizi rispetto alla gara in esame ed il suo "personale" non ha contribuito alla materiale predisposizione degli atti di gara né rivestito alcun ruolo attivo o determinante nello svolgimento della procedura di evidenza pubblica ovvero idoneo ad influenzare il processo decisionale della Stazione appaltante.

Peraltro, l'assoluta eterogeneità tra le prestazioni affidate alla Soc. Publisys S.p.A. nell'ambito del contratto di manutenzione del sistema informativo SUA-RB – Portale Appalti e quelle oggetto della commessa oggetto di censure consente, altresì, di escludere una possibile asimmetria informativa o una posizione di vantaggio del raggruppamento controinteressato.

Si fa presente, infine, che sia la tempistica di produzione delle offerte sia la misura cautelativa della disabilitazione delle utenze di accesso ai server (Web Server, Application server e DBserver) del sistema informativo SUA-RB, con la contestuale consegna delle password ad un solo funzionario della SUA-RB, appaiono sufficienti ad escludere che, all'atto della presentazione dell'offerta per la gara in esame, la Soc. Publisys S.p.A. versasse in una situazione di conflitto d'interessi tale da determinare la sua astensione dalla gara ovvero da comportare, successivamente, la sua esclusione dalla procedura.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che, nella procedura di gara in oggetto, non sia stato violato il principio della riservatezza delle offerte e che non sussistesse alcun potenziale conflitto d'interessi in capo alla Soc. Publisys S.p.A.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 febbraio 2020

Il segretario

Maria Esposito