



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N.760 DEL 4 settembre 2019

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dall'Impresa Armati Eolo mandataria del RTI con Autolinee Arcaleni & C. s.r.l. mandante – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico ed extrascolastico periodo anni 2019-2022 – Importo a base di gara: euro 517.444,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: SUA Provincia di Pistoia per conto del Comune di Serravalle Pistoiese

PREC 119/19/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza acquisita al prot. 52320 del 27 giugno 2019 con la quale l'Impresa Armati Eolo, mandataria del RTI con Autolinee Arcaleni & C. s.r.l. mandante, ha contestato il provvedimento di aggiudicazione della gara in oggetto in favore del Consorzio Noleggiatori Pistoiesi – Società consortile cooperativa ed ha rilevato l'illegittima composizione della commissione giudicatrice, per incompatibilità del Presidente, nonché la violazione dei principi di pubblicità e trasparenza delle procedure di gara, chiedendo, per tali ragioni, l'annullamento integrale degli atti e la riedizione della procedura;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. 58971 del 19 luglio 2019 e le memorie e i documenti pervenuti sia dalla Stazione appaltante sia dall'aggiudicataria CNP;

CONSIDERATO che rispetto alle censure mosse dall'istante assume rilevanza assorbente quella relativa all'illegittima composizione della Commissione giudicatrice, in quanto, il suo accoglimento, comporterebbe il travolgimento dell'intera procedura di gara, essendo state già aperte le offerte economiche e disposta l'aggiudicazione;

VISTO che l'art. 77, comma 4, del d.lgs. 50/2016 stabilisce che *“I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”* e che detta disposizione rappresenta un'evoluzione di quanto previsto dall'art. 84, comma 4, del d.lgs. 163/2006 in quanto estende al Presidente della Commissione di gara la causa di incompatibilità dello svolgimento di altra funzione o incarico tecnico o amministrativo, prima prevista solo nei confronti degli altri commissari (Delibera Anac n. 27 del 18 gennaio 2017);

CONSIDERATO che detta disposizione risponde all'esigenza di rigida separazione della fase di preparazione della documentazione di gara da quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la *ratio* generalmente sottesa alle cause di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (*ex multis* cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2019, n. 283; Cons. Stato, III, 22 gennaio 2015, n. 226; Cons. Stato, Ad Plen., 7 maggio 2013, n. 13); in definitiva, tale divieto è destinato a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale, definendo i contenuti e le regole della procedura (Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2191);

VISTO che la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato, a più riprese, come tale causa di incompatibilità vada accertata in concreto, escludendo dalle commissioni di gara soltanto coloro che abbiano svolto un'attività effettivamente idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, in grado di incidere sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte e a condizionare l'esito della gara (*ex multis*, Cons. St., sez. V, 28 aprile 2014, n. 2191; 14 giugno 2013, n. 3316; sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438; 29 ottobre 2010, n. 9577);

RILEVATO che, nel caso di specie, il Presidente della Commissione giudicatrice, dott. Paolo Ricci, è lo stesso soggetto che, in qualità di Responsabile dell'U.O. Pubblica Istruzione e Servizi Sociali del Comune di Serravalle Pistoiese, ha adottato la Determinazione n. 190 del 2 aprile 2019 con cui è stata indetta la procedura di gara e contestualmente approvato il capitolato speciale d'appalto e i criteri di valutazione delle offerte;

CONSIDERATO che l'approvazione degli atti di gara non costituisce un'operazione di natura meramente formale ma, essendo un controllo preventivo di merito, implica necessariamente un'analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una piena condivisione; pertanto l'approvazione degli atti di gara integra proprio una “*funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*” il cui svolgimento è precluso ai componenti della Commissione giudicatrice (in tal senso TAR Brescia, 4 novembre 2017, n. 1306; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 27 giugno 2016, n. 1040);

RILEVATO peraltro che è la stessa legge sul procedimento amministrativo a demandare all'organo competente all'adozione del provvedimento finale il compito di approvare quanto proposto – e, necessariamente redatto materialmente - dal responsabile del procedimento; tuttavia, l'art. 6, comma 1, lett. e) della L. 241/90 gli consente di discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria e, quindi, di adottare, motivandola, una decisione diversa da quella proposta dal responsabile del procedimento e detta facoltà risulterebbe irragionevole e illogica se l'adozione/approvazione della proposta fosse un'attività meramente formale non implicante la condivisione dei contenuti;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTO che in merito alla dedotta ultravigenza della disciplina contenuta nell'art. 84, comma 4, del d.lgs. 163/2006 nelle more dell'attuazione del nuovo sistema di nomina dei commissari di gara di cui all'art. 78 del d.lgs. 50/2016, si ritiene che l'art. 216, comma 12 del Codice non consenta una simile interpretazione; invero, la disciplina transitoria ivi contenuta concerne lo specifico profilo delle modalità di nomina dei commissari di gara - in attesa dell'istituzione dell'Albo - e non anche le incompatibilità ovvero gli altri aspetti disciplinati dall'art. 77 del Codice, né tantomeno appare giuridicamente possibile che una norma espressamente abrogata - l'art. 84 del d.lgs. 163/2006 - possa continuare a spiegare effetti;

CONSIDERATO, infine, che in merito al rapporto con l'art. 107 del TUEL che, declinando le funzioni e prerogative dirigenziali, gli attribuisce in particolare la presidenza delle commissioni di gara e di concorso (comma 3, lett. a) e la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso (comma 3, lett. b), l'art. 77 del Codice dei Contratti abbia natura di disposizione speciale per materia e, pertanto, prevalente; depone in tal senso anche l'art. 218 del d.lgs. 50/2016, avendo esso previsto espressamente che *"Ogni intervento normativo incidente sul presente codice o sulle materie dallo stesso disciplinate è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute"*;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme all'art. 77, comma 4, del d.lgs. 50/2016 la composizione della Commissione giudicatrice per incompatibilità del suo Presidente.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 settembre 2019

Il Segretario Maria Esposito

Formato pdf