



Presidente

Al Dirigente Settore Servizi Tecnici

*Omissis*

c/o Comune di Fidenza

[protocollo@postacert.comune.fidenza.pr.it](mailto:protocollo@postacert.comune.fidenza.pr.it)

e p.c. alla CUC Salsomaggiore

[cuc@postacert.comune.salsomaggiore-terme.pr.it](mailto:cuc@postacert.comune.salsomaggiore-terme.pr.it)

Fasc. Anac n. 3923/2022 (da citare nella corrispondenza)

### Oggetto

Comune di Fidenza: Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di adeguamento strutturale e riqualificazione del Centro malati gravi "Il ponte" (CIG: 9253058903)  
Nota di definizione ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Con esposto acquisito al prot. Anac con il numero 69918 del 03.09.2022 un consigliere del Comune di Salsomaggiore Terme segnalava lo svolgimento da parte del Dirigente del servizio del Comune di Fidenza del ruolo di Presidente della Commissione giudicatrice della procedura in oggetto.

L'ufficio, preso atto del contenuto dell'esposto e della documentazione acquisita ha, dunque, inoltrato l'avvio del procedimento istruttorio con nota prot. n. 81184 del 11.10.2022 contestando all'amministrazione il regime di incompatibilità delle funzioni di dirigente del servizio e Presidente della Commissione giudicatrice ai sensi dell'articolo 77 comma 4 D.lgs. 50/2016.

Lo svolgimento nella medesima procedura delle funzioni di dirigente del servizio che ha svolto precedenti funzioni all'interno della procedura e di commissario di gara comporta la violazione della norma di cui sopra ai sensi della quale i commissari non dovrebbero aver svolto altre funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto al fine di garantire la separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte.

La disposizione, infatti, ha lo scopo di prevenire il pericolo di possibili interferenze derivanti dalla partecipazione alle Commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che hanno emanato atti del procedimento di gara o che comunque hanno partecipato alla loro elaborazione) che siano intervenuti a diverso titolo, ma in modo significativo, nella predisposizione degli atti di gara, in funzione di garanzia del diritto delle parti a una decisione amministrativa adottata da un organo terzo e imparziale e raggiunta mediante valutazioni il più possibile oggettive e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta.

Con nota acquisita al prot. Anac con il numero 88057 del 28.10.2022 la stazione appaltante ha fornito il riscontro a firma del Responsabile del servizio tecnico *omissis* rilevando che "ogni atto è stato adottato



*ed ogni azione è stata svolta nel pieno rispetto di quanto codesta rispettabile Autorità ha definito con le Linee Guida n. 3 di cui alla deliberazione 1007/2017 non ritenendo sussistere motivi di condizionamento oppure interferenza tra gli stessi."*

In particolare, nel ricostruire l'iter della vicenda confermava che *"con determinazione dello scrivente Dirigente del Settore Servizi Tecnici del Comune di Fidenza n. 427 in data 23 maggio 2022, è stato approvato il progetto esecutivo dei lavori di adeguamento strutturale denominati riqualificazione del centro il Ponte nell'importo di euro 244.861,52 di cui euro 10.574,09 per oneri sicurezza non soggetti a ribasso, ed è stata disposta la trasmissione degli atti alla Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Salsomaggiore Terme e Fidenza (...) affinché procedesse all'esperimento della procedura di scelta del contraente mediante procedura aperta"* e che *"con determinazione n. 260 del 26/05/2022, il Dirigente della Centrale Unica di Committenza ha approvato il bando e il disciplinare di gara ed ha disposto l'indizione di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori", con l'ulteriore specificazione che "l'approvazione degli elaborati di gara nonché l'indizione della stessa vengono disposti con atto del Dirigente della CUC, come previsto dall'articolo n. 3 della convenzione istitutiva della CUC stessa."*

Orbene pur dovendosi escludere un'incompatibilità automatica delle funzioni di Commissario di gara con lo svolgimento pregresso di funzioni all'interno nella medesima procedura, spetta alla stazione appaltante la valutazione in merito all'attività svolta al fine di evitare possibili effetti distorsivi e favoritismi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di un soggetto che è già intervenuto nella procedura.

Per tale motivo la giurisprudenza di merito sottolinea la necessità di una motivazione nella determina di nomina della Commissione, che dia atto dell'insussistenza di ragioni ostative alla sovrapposizione di tali funzioni (in tal senso Consiglio di Stato, Ad. Plen. 7 maggio 2013, n. 13; Consiglio di Stato, sez. III, 5.2.2018, n. 695).

Nel caso di specie, il Presidente della Commissione giudicatrice, in qualità di Dirigente del servizio tecnico, sebbene risulterebbe non abbia redatto il bando di gara, come dallo stesso affermato nella nota di riscontro - *"lo scrivente non ha preso parte alla redazione della lex specialis, alla sua successiva approvazione così come all'indizione della procedura aperta"* - appare chiaro dalla determina n. 427 del 23 maggio 2022, che lo stesso abbia quantomeno approvato il progetto esecutivo, lo schema di bando e disciplinare ed indetto la gara, a nulla rilevando l'ulteriore precisazione contenuta nel riscontro secondo cui *"l'approvazione degli elaborati di gara nonché l'indizione della stessa vengono disposti con atto del Dirigente della CUC, come previsto dall'articolo n. 3 della convenzione istitutiva della CUC stessa."*

Sebbene infatti la procedura sia stata indetta formalmente dalla centrale di committenza, appare chiaro che il Dirigente del Servizio, nella trasmissione degli atti di gara alla stessa abbia svolto un controllo sulla legittimità degli atti, svolgendo un controllo di tipo intrinseco.

Con particolare riferimento all'ipotesi di Presidente della Commissione Dirigente del Servizio che ha approvato gli atti di gara si è espresso il Tar Brescia secondo cui *"L'aver approvato gli atti di gara non costituisce un'operazione di natura meramente formale ma 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"*.

Del medesimo avviso si pone anche il Consiglio di Stato secondo cui la norma di cui all'art. 77 comma 4 *"mirando a garantire l'imparzialità dei commissari di gara che avessero svolto incarichi relativi al*



*medesimo appalto, quali compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili e non incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti. Tra le ipotesi di incompatibilità figurano, allora, situazioni in cui l'incarico di commissario è assunto da soggetti chiamati ad esercitare funzioni "attive" nell'ambito della stessa gara (responsabile unico del procedimento, soggetti che abbiano materialmente partecipato alla redazione degli atti di gara, dirigente del settore interessato chiamato ad effettuare verifiche formali sul contenuto dei medesimi atti e simili), laddove la mera appartenenza all'organico della stazione appaltante e il connesso svolgimento delle ordinarie mansioni richieste dal proprio ruolo sono irrilevanti." (Consiglio di Stato, sez. V, 05.01.2021 n. 144).*

Vale la pena, purtuttavia, rilevare come altra parte della giurisprudenza ritenga non sufficiente tale coinvolgimento, in quanto *" affinché sussista l'incompatibilità non sufficiente che il coinvolgimento del commissario nella redazione della legge di gara si estrinsechi in un apporto meramente formale (approvazione e/o sottoscrizione del frutto dell'altrui opera), ma è necessario che ci sia la sostanziale riconducibilità della stessa all'attività intellettuale, valutativa e professionale concretamente espletata dal membro della Commissione" (Consiglio di Stato, sez. III, 24.11.2022 n. 10366)*

Parte della giurisprudenza, inoltre, pone l'accento anche sulla tipologia di procedura in cui un commissario abbia svolto precedenti funzioni, ritenendo per l'assenza di una *" sostanziale e aprioristica incompatibilità in presenza di una procedura negoziata da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, nell'ambito di una procedura in cui i parametri di valutazione, e la conseguente discrezionalità, erano stati circoscritti dalla stazione appaltante" (in questo senso T.A.R. Lazio, Roma, II, 22.02.2019, n. 2420).*

Al contrario ne consegue che in caso di procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - come nel caso di specie - in cui è massima la discrezionalità in capo alla commissione, la valutazione soggettiva delle offerte possa in qualche modo essere influenzata dallo svolgimento di attività pregresse nel corso della procedura (in tal senso Nota a firma del Presidente Anac del 12.10.2022)

Alla luce di quanto sopra esposto, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 15 marzo 2023, atteso il configurarsi della violazione di cui all'articolo 77 comma 4 del D.lgs. 50/2016, ha disposto la definizione del presente procedimento, ai sensi dell'art. 21 del vigente regolamento di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Si invita codesta Stazione Appaltante a voler tener conto di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione, in vista di un adeguato e puntuale rispetto della normativa di settore.

*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Atto firmato digitalmente