



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1143 DEL 8 novembre 2017

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Soc. CE.RI.SA. S.r.l./Comune di Fiumefreddo Burzio. Procedura negoziata per l'affidamento del servizio di gestione della refezione scolastica di Fiumefreddo Burzio. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara: 39.900,00 euro.

PREC. 152/17/S

Il Consiglio

Considerato in fatto:

Con l'istanza prot. n.19033 del 6 dicembre 2016, la CE.RI.SA. S.r.l. chiedeva a questa Autorità un parere sulla legittimità degli atti di gara nella procedura in oggetto nella quale la Commissione di gara era composta da un numero pari di membri: presidente e componente, oltre al segretario. Chiedeva inoltre di pronunciarsi sulla incompatibilità tra le funzioni di rup e il ruolo del membro della commissione di gara che l'art. 77 comma 4 nuovo Codice ritiene non potersi assommare in un'unica figura; chiedeva inoltre se l'illegittimità denunciata si propaghi ai conseguenti atti di gara, determinandone l'annullabilità.

Con nota del 27 aprile 2017 veniva avviata la procedura di precontenzioso ai sensi del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso del 5 ottobre 2016.

Con memoria del 3 maggio 2017, il Comune di Fiumefreddo Burzio faceva pervenire le proprie controdeduzioni. Specificava che, a suo avviso, la composizione della commissione di gara in numero dispari con almeno cinque componenti è una previsione non inderogabile dell'ordinamento; che la disciplina in materia di incompatibilità tra rup e membro della commissione di cui al nuovo Codice non è ancora in vigore e, in attesa che le linee guida siano emanate e la creazione dell'albo commissari sia pubblicato dall'Autorità, il regime transitorio prevede l'applicazione della normativa del vecchio Codice.

Infine allegava i verbali di gara da cui, a suo dire si evince che la figura del segretario corrisponde a un membro attivo ed effettivo della commissione di gara venendo a costituire il terzo membro.

Considerato in diritto:



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Ai sensi dell'art. 84 comma 2 del vecchio codice «*La commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto*». Il comma 2 del corrispondente art. 77, D.lgs. 50/2016 ribadisce che la commissione è costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque.

Se, per quanto riguarda il numero massimo di cinque componenti della commissione, la giurisprudenza amministrativa ritiene unanimemente che si tratti di indicazione non vincolante (Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2006, n. 3579; sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2188; sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143), che la composizione della commissione di gara sia formata da un numero dispari di componenti è invece un aspetto imprescindibile per garantire la funzionalità del principio maggioritario nell'ambito di un collegio perfetto qual è l'organo in questione (Cons. Stato, n. 2143/2009; Tar Toscana n. 1989 del 6 dicembre 2012; TAR Veneto, Sez. I, n. 471 del 15 maggio 2017). Il filone giurisprudenziale che ne afferma l'indispensabilità è prevalente rispetto alla minoritaria interpretazione che nega valore di principio alla regola e l'interpretazione letterale della norma induce le stesse conclusioni.

Nel numero pari o dispari di membri della commissione deve essere computato anche il presidente, il quale ne fa parte a pieno titolo e, in disparte i poteri che abbia deciso di esercitare o meno nel caso concreto, ha diritto di voto al pari degli altri componenti. Per quanto attiene alla figura del segretario, invece, trattandosi del soggetto "verbalizzante", non può essere ricompreso nel novero dei membri della commissione.

L'illegittima composizione della commissione giudicatrice vizia in radice la procedura selettiva e ne comporta l'integrale rinnovazione.

Riguardo il secondo motivo di contestazione sollevato, si fa rilevare che l'art. 77 comma 4 esclude che i commissari possano aver svolto o svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. In questo modo, la norma rafforza un principio già espresso dall'art. 84 comma 4, riportandolo in termini diversi e più stringenti, eliminando così l'eccezione per il Presidente della commissione che non sopravvive al vecchio Codice.

La regola risponde al principio di tutela dell'imparzialità e dell'oggettività e mira a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura (vd. TAR Latina, sez. I, sent. 13 aprile 2016, n. 226).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Circa i limiti dell'incompatibilità del rup a far parte della commissione di gara, parte della giurisprudenza rintraccia una sorta di graduazione della violazione in ragione dell'apporto decisionale fornito da tale figura alla procedura di gara. Si distingue quindi tra il responsabile con ruolo soltanto propositivo e/o istruttorio rispetto agli atti di gara, la cui posizione risulterebbe meno in conflitto nel caso venga a coincidere con un membro della commissione e quella invece del rup con poteri dirigenziali che approva il disciplinare, il capitolato e adotta anche atti di modifica con proprie determinazioni dirigenziali (vd. TAR Puglia sez. II, Lecce, sent. 23.gennaio 2017 n.93) il quale non può assumersi anche la valutazione dei concorrenti accentrando così ogni onere decisionale.

Il caso di specie rientra in quest'ultima casistica giacché, avendo il Presidente della commissione di gara, in qualità di rup, definito contenuti e regole della procedura, oltre a sottoscrivere la determina a contrarre e tutti gli atti di gara, non possono sollevarsi dubbi circa un pregnante rilievo della incompatibilità riscontrata.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, l'operato della stazione appaltante non conforme alla disciplina normativa di settore.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 novembre 2017

Il Segretario Maria Esposito