



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n.169 del 21 febbraio 2018

Fascicolo: n. 5271/2017

Oggetto:. Procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del decreto legislativo n.50/2016 per l'affidamento dei servizi di progettazione lavori di contenimento caduta massi nel concentrico di Quincinetto – CIG. 70632211A19.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 febbraio 2018;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori.

Premessa

Con comunicazione acquisita al prot. n. 110253 in data 22.09.2017, è pervenuto all'Autorità un esposto, presentato da un operatore economico, con il quale si evidenziano anomalie ed irregolarità in relazione alla composizione della commissione giudicatrice, alle operazioni compiute dalla commissione predetta ed alla loro verbalizzazione, nell'espletamento della procedura aperta indetta dal Comune di Quincinetto, facente parte dell'Unione Montana Valle Elvo" ai sensi dell'art.60 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento dei servizi di progettazione studio di fattibilità tecnico-economica, definitiva ed esecutiva, direzione lavori, redazione piano di sicurezza e coordinamento, coordinamento della sicurezza in sede di esecuzione lavori, per la realizzazione di opere di difesa abitato da caduta massi, in Comune di Quincinetto, dell'importo a base di gara di euro 135.646,18 ;

In esito all'istruttoria avviata con nota prot. n. 131842 del 30.11.2017, è emerso conclusivamente quanto segue.

Considerato in fatto

Con bando di gara pubblicato sul profilo del committente in data 06.05.2017 il Comune di Quincinetto ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di progettazione studio di



Autorità Nazionale Anticorruzione

fattibilità tecnico-economica, definitiva ed esecutiva, direzione lavori, redazione piano di sicurezza e coordinamento, coordinamento della sicurezza in sede di esecuzione lavori, per la realizzazione di opere di difesa abitato da caduta massi, in Comune di Quincinetto, dell'importo a base di gara di euro 135.646,18.

Con la determina del Servizio Tecnico Lavori Pubblici del Comune di Quincinetto, n. 36 del 24.07.2017 relativa a “ Approvazione verbale di gara, della C.U.C. presso Unione Montana Valle Elvo, con procedura aperta, per l'affidamento dei servizi di “Progettazione studio di fattibilità tecnica – economica, definitiva ed esecutiva, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in sede di progettazione ed esecuzione dell'intervento di caduta massi nel concentrico - CIG. 70632211A19(aggiudicazione all'A.T.I. composta da E.Bovard, M.Blanc, L.Pallu, S.Rossi, S.Notarpietro, M.K.Campagne)” si approvavano i verbali di gara , redatti dalla C.U.C. presso l'Unione Montana Valle Elvo, relativi alle sedute del 29.06.2017 e del 19.07.2017, con i quali è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della procedura aperta predetta e si aggiudicava definitivamente al raggruppamento temporaneo di professionisti composto da E.Bovard,(mandatario), M.Blanc, L.Pallu, S.Rossi , S.Notarpietro, M.K.Campagne (mandanti), alle condizioni riportate nel disciplinare di gara , per un importo di euro 85.117,98;

A fronte della segnalazione pervenuta, descritta nella premessa, il competente Ufficio di vigilanza ha proceduto ad avviare il procedimento istruttorio con nota del 30.11.2017 prot. n. 131842, finalizzato all'approfondimento delle criticità venute in rilievo, afferenti in particolare:

- alla composizione della commissione giudicatrice, alla luce di quanto previsto nel Codice dei contratti pubblici, ed in particolare, all'art.77, comma 1, che stabilisce che : *“Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto”*;
- al verbale di gara del 29.06.2017, nel quale sono presenti ictu oculi incongruenze sugli orari di svolgimento delle operazioni di gara: “ le operazioni in seduta pubblica terminano alle ore 13.26 , i lavori in seduta riservata riprendono alle ore 15.15 ed il verbale viene riletto, confermato e sottoscritto alle ore 13.00”. Nel verbale predetto inoltre, l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica e l'apertura della busta contenente l'offerta economica sembrano essere state fatte in seduta riservata.

Con tale comunicazione si è provveduto ad invitare la stazione appaltante Comune di Quincinetto a fornire chiarimenti ed informazioni facendo pervenire una relazione illustrativa, corredata dalla necessaria documentazione tecnico-amministrativa probatoria, finalizzata a controdedurre in ordine ai profili sopra evidenziati con assegnazione del termine di trenta giorni.

In data 11.12.2017 risulta pervenuto il riscontro da parte della stazione appaltante acquisito al prot. n. 134223, con allegati curricula dei membri della commissione giudicatrice e copia della deliberazione del Consiglio dell'unione Montana Valle Elvo n.12 del 29.06.2017 relativa a “Variazione n. 2 al Bilancio di Previsione E.F 2017-2019”.



Autorità Nazionale Anticorruzione

In relazione alla composizione della commissione giudicatrice l'Ente appaltante rileva che “*Invero con riguardo alla composizione della commissione giudicatrice si pronuncia il paragrafo 1.1. delle linee guida ANAC n. 5 di attuazione del d.lgs 18 aprile 2016, n.50 .Secondo tale norma i commissari devono essere” esperti nello stesso settore cui afferisce l'oggetto del contratto”. Il settore in predicato non è certo quello della progettazione, che non esiste in senso ontologico, ma è quello dei servizi inerenti l'architettura e l'ingegneria, che qualifica l'oggetto del contratto: la prestazione di un servizio verso il corrispettivo del prezzo” .*

Lo stesso Ente prosegue poi nel rilevare che “*...La norma invocata consente di ricorrere a esperti caratterizzati da professionalità distinte (ossia diverse da quelle componenti la commissione giudicatrice, per l'incontro), nei seguenti casi: 1) contratti misti di appalto; 2) gare su più lotti distinti, con una unica commissione giudicatrice; 3) affidamenti particolarmente complessi, ad esempio finanzia di progetto, che richiedono la presenza di esperti di aree diverse. Risulta addirittura palmare che il servizio posto a bando non rientra tra queste ipotesi .”*

Con specifico riferimento alla formulazione dell'art. 77, comma 3 del codice dei contratti pubblici, come modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n.56, la stazione appaltante prosegue nel rilevare che “*...in caso di affidamento di contratti per servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art.35,... può nominare alcuni componenti interni alla stazione appaltante nella commissione . E non è revocabile in dubbio che il segretario comunale sia qualificabile come componente interno alla stazione appaltante. Ma non solo. Proprio perché trattasi di servizio sotto la soglia dell'art.35, la nomina è comunque sganciata da una qualsiasi verifica della professionalità”.*

In relazione alle incongruenze presenti nel verbale di gara e relative agli orari di svolgimento delle operazioni di gara e all'apertura della busta contenente l'offerta tecnica ed economica in seduta riservata l'Ente appaltante rileva che “*Le linee guida ANAC n. 5 di attuazione del d.lgs 18 aprile 2016, n. 50 prevedono al paragrafo 1.1, n.8 , che “ In generale la commissione i) apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche..”.* Ciò significa, prima facie, che la locuzione “ in generale” ammette la possibilità che la commissione si regoli diversamente. Ma, aldilà di ciò rilevano due considerazioni. Nella seduta pomeridiana del 29 giugno 2017 non vi erano persone intervenute da congedare e dar corso alla seduta riservata; e ciò a prescindere da come il verbale la qualifichi...” prosegue “*Con riguardo agli orari di svolgimento delle operazioni di gara rileva l'errore materiale nella chiusura del verbale del 29 giugno 2017 . Invero da informazioni assunte dal Presidente dott. Bozzello e da documenti acquisiti (delibera consiglio Unione Valle Elvo n.12 del 29 giugno che si allega) rileva che la commissione di gara ha lavorato almeno fino alle 18.00-18.15, poiché alle 18.30 il medesimo era impegnato nel consiglio dell'Unione montana Valle Elvo, ente dove è incardinata giuridicamente e materialmente la Centrale Unica di Committenza. Stessa considerazione deve farsi per l'Arch. Fogliatti , che in tale giorno è rimasto in servizio fino alle ore 20.25. Circostanza che rileva dal cartellino presenze del personale in servizio presso l'unione. Documento a disposizione dell'Autorità”.*

Considerato in diritto

Ciò posto, in riferimento alle suesposte considerazioni, al fine di una maggiore chiarezza si evidenzia in via preliminare che l'art. 77, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 nel testo



Autorità Nazionale Anticorruzione

vigente al momento della pubblicazione del bando (pubblicato in data 6.05.2017) stabilisce che :
1. Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto .

Tale previsione risulta ripresa nelle Linee guida n. 5 di questa Autorità Nazionale Anticorruzione, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti « *Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*», che nella premessa al punto 1 richiama l'art. 77 del Codice dei contratti pubblici, e sottolinea, senza distinguere tra componenti interni od esterni delle commissioni giudicatrici, che essi devono essere dotati di “ *comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto*”.

A ciò si aggiunga che al punto 1.1 del paragrafo 1 “*Adempimenti delle stazioni appaltanti e la funzionalità delle commissioni giudicatrici*” si stabilisce che la stazione appaltante deve indicare le caratteristiche professionali dei commissari di gara e le motivazioni adeguate circa le professionalità richieste per la valutazione dell'offerta dal punto di vista tecnico ed economico, esemplificando in maniera non esaustiva i casi in cui ricorrere a professionalità distinte (contratti misti di appalto, gare su più lotti distinti, affidamenti particolarmente complessi come la finanza di progetto , che richiedono la presenza di esperti di aree diverse) .

Non è condivisibile la considerazione della stazione appaltante volta a rilevare che i servizi di ingegneria ed architettura non rientrano in tali ipotesi, poiché il ricorso a professionalità distinte (tecniche, economiche, giuridiche ecc...) è un quid pluris rispetto alla competenza e professionalità di cui, comunque devono essere dotati, tutti i componenti delle commissioni giudicatrici.

Alla luce delle disposizioni predette, non sono poi condivisibili le considerazioni svolte dalla stazione appaltante, laddove si asserisce che “*poiché trattasi di servizio sotto la soglia dell'art.35, la nomina è comunque sganciata da una qualsiasi verifica della professionalità.*” Il principio che impone che i membri delle Commissioni della gare pubbliche siano provvisti di specifica e documentata esperienza di settore rapportata alla peculiarità della gara da svolgere è principio non solo immanente nel sistema, ma di stretta derivazione costituzionale, dal momento che un adeguato livello di professionalità dei componenti l'organo è l'unica garanzia di un effettivo rispetto dei valori richiamati dall'art.97 della Costituzione.

Premesso che - secondo il senso fatto palese dal significato proprio delle parole - il riferimento allo “specifico” settore cui si riferisce l'oggetto del contratto esclude che sia sufficiente una “generica” competenza amministrativa in materia di conduzione di pubbliche gare, si osserva che la regola costituisce il portato dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, essendo funzionale al miglior apprezzamento degli elementi dell'offerta diversi dal prezzo e direttamente pertinenti alla natura, all'oggetto e alle peculiari caratteristiche del singolo contratto. Essa comporta che i componenti la commissione giudicatrice debbano essere scelti fra i soggetti dotati, per il titolo di studio conseguito e/o per le esperienze professionali precedentemente maturate , di competenza tecnica adeguata alla peculiarità dello specifico settore interessato dall'appalto da assegnare.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto occasione più volte di chiarire poi, che è la Commissione nel suo complesso a dover garantire il possesso delle conoscenze tecniche globalmente



Autorità Nazionale Anticorruzione

occorrenti nella singola fattispecie, ritenendo che la competenza in capo alla Commissione possa ben ritenersi soddisfatta, in concreto, allorchè due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce, ed il terzo membro vanti comunque una competenza generale in materia di gare pubbliche. (Cons.Stato, sez V, 09.04.2015, n.1824).

Nel caso in esame, l'oggetto del contratto è l'affidamento di servizi di progettazione studio di fattibilità tecnico-economica, definitiva ed esecutiva, direzione lavori, redazione piano di sicurezza e coordinamento, coordinamento della sicurezza in sede di esecuzione lavori, per la realizzazione di opere di difesa abitato da caduta massi, in Comune di Quincinetto e la Commissione giudicatrice è composta dal Segretario Comunale, dal Presidente della CUC entrambi laureati in giurisprudenza e da un architetto, con una netta minoranza quindi di personale tecnico. Invero i criteri di valutazione dell'offerta tecnica previsti nel bando di cui trattasi, così come formulati in relazione allo specifico oggetto, avrebbero richiesto più congruenti competenze tecniche e professionali in grado di assicurare la più adeguata e completa valutazione delle offerte rese in gara dai diversi operatori economici.

In relazione alle modalità di svolgimento dei lavori da parte della Commissione, le Linee guida n. 5 dell'Autorità, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti « *Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*», al punto 1.1 del paragrafo 1 « *Adempimenti delle stazioni appaltanti e la funzionalità delle commissioni giudicatrici*» stabiliscono che « *8) modalità di svolgimento dei lavori da parte della commissione. In generale la commissione i) apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti; ii) in una o più sedute riservate, o lavorando da remoto, la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito; iii) successivamente, in seduta pubblica, la commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, proceda alla individuazione delle offerte che superano la soglia di anomalia di cui all'art. 97, comma 3 del Codice ovvero indica al RUP le offerte che, secondo quanto previsto dall'art. 97, comma 6 del Codice appaiono, sulla base di elementi specifici, potenzialmente anomale, ferma restando la facoltà del RUP di decidere al riguardo.*»

E' principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta tecnica e l'offerta economica e, conseguentemente, è illegittima l'apertura in seduta riservata dei plichi predetti.

Semmai esistessero dubbi circa la necessità che i plichi contenenti le offerte tecniche vengano aperti in seduta pubblica, il Consiglio di Stato, Ad.Plenaria 28 luglio 2011 n.13, affermava che « *l'operazione di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche deve essere effettuata in seduta pubblica in quanto essa costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura competitiva e richiede quindi di essere presidiata dalle medesime garanzie a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti nel procedimento*».

L'art. 283, comma 2 del D.P.R.n.207/2010 per quanto riguarda i servizi e le forniture e l'art. 120, comma 2, del medesimo D.P.R.n.207/2010, ora abrogati, contenevano una previsione espressa in tal senso. Nel Codice degli appalti pubblici, novellato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, l'art



Autorità Nazionale Anticorruzione

78, comma 1-bis stabilisce che: “ *Con le linee guida di cui al comma 1 sono, altresì, disciplinate le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche, nonché sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e per altri eventuali adempimenti specifici*”. Nelle Linee guida n. 5 dell’Autorità, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti « *Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*», si ribadisce ciò , come sopra riportato.

La locuzione “in generale”, letteralmente significa “generalmente, nella maggior parte dei casi”, e riprende la locuzione contenuta nell’art. 78 , comma 1-bis “ di norma” .

La locuzione di cui trattasi, significa regola cui attenersi nella maggior parte dei casi, regola cogente e imperativa, salvo casi residuali in cui le circostanze rendano necessaria un’applicazione non rigida della norma secondo il principio di ragionevolezza.

La tutela che viene garantita dall’ordinamento è tutela oggettiva e preventiva, essendo funzionale la pubblicità degli atti di gara non solo al rispetto del principio di parità di trattamento di tutti i concorrenti, ma anche a presidio della correttezza, della trasparenza e dell’imparzialità dell’azione amministrativa, principi tutti enunciati dall’art. 4 del Codice dei contratti pubblici.

Non pare condivisibile la considerazione della stazione appaltante volta a rilevare che “ *In generale*”, termine usato nelle Linee Guida per descrivere le modalità di svolgimento dei lavori da parte della Commissione, “ *ammette la possibilità che la commissione si regoli diversamente*”. La regola generale della pubblicità della gara, con riguardo al momento dell’apertura delle buste contenenti l’offerta tecnica e , ancora di più dell’apertura della busta contenente l’offerta economica, è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa e costituisce un’essenziale garanzia partecipativa dei concorrenti, la quale contribuisce a qualificare un procedimento di evidenza pubblica come “ giusto” e rispettoso della par condicio. Il principio di trasparenza amministrativa in materia di contratti pubblici ha portata fondamentale, come stabilito all’art. 4 del Codice dei Contratti pubblici, ed informa “ *profondamente le procedure di gara, sicchè la rilevanza della sua violazione prescinde dalla prova concreta delle conseguenze negative derivanti dalla sua violazione, rappresentando un valore in sé, di cui la normativa nazionale e comunitaria predica la salvaguardia a tutela non solo degli interessi degli operatori, ma anche di quelli della stazione appaltante*” (Cons. Stato, sez. V, sentenza n.3266 del 20.07.2016) .

Nel caso di specie, è pertanto irrilevante quanto fatto considerare dalla stazione appaltante e cioè che “ *Nella seduta pomeridiana del 29 giugno 2017 non vi erano persone intervenute da congedare e dar corso alla seduta riservata*” e che” *Da ultimo va precisato che la commissione ha giudicato complete ed esaustive tutte le offerte tecniche pervenute, assegnando loro un punteggio. Pertanto non vi è stata alcuna lesione dell’interesse legittimo” ad essere valutati correttamente” da parte della commissione*” .

In relazione agli orari di svolgimento delle operazioni di gara ed all’errore materiale nella chiusura del verbale del 29.06.2017, si fa presente che il verbale redatto dalla commissione di gara fa fede fino a querela di falso delle operazioni effettuate dalla stessa e costituisce l’esclusivo strumento di documentazione atto a conferire certezza legale alle operazioni compiute dalla commissione medesima.

Qualora la medesima commissione constati di aver redatto il verbale riscontrando nello stesso errori, in coerenza con il principio di legalità essa stessa può constatare l’accaduto e redigere un verbale il quale spieghi le circostanze emerse e adotti le relative determinazioni (Cons. Stato, Sez VI , sent.2579/2011) .



Autorità Nazionale Anticorruzione

Tutto ciò considerato e ritenuto,

DELIBERA

- di ritenere le modalità di svolgimento dei lavori da parte della commissione giudicatrice, così come verbalizzate nel verbale del 29.06.2017, approvato con determina del Servizio Tecnico Lavori Pubblici del Comune di Quincinetto, n. 36 del 24.07.2017 relativa a “ Approvazione verbale di gara, della C.U.C. presso Unione Montana Valle Elvo, con procedura aperta, per l'affidamento dei servizi di “Progettazione studio di fattibilità tecnica –economica, definitiva ed esecutiva, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in sede di progettazione ed esecuzione dell'intervento di caduta massi nel concentrico - CIG. 70632211A19 (aggiudicazione all'A.T.I. composta da E.Bovard, M.Blanc, L.Pallu, S.Rossi, S.Notarpietro, M.K.Campane)”, non conformi alle previsioni di cui l'art 78, comma 1-bis del Codice degli appalti pubblici e delle Linee guida n. 5 dell'Autorità, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti « Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrice», in riferimento al paragrafo 1, punto 1.1. 8) ;
- di inviare, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione al Comune di Quincinetto nelle persone del Segretario Generale, Responsabile della Prevenzione della Corruzione, del RUP e del Responsabile della Centrale Unica di Committenza dell'Unione Montana Valle Elvo, affinché comunichi, entro 30 giorni dal ricevimento, gli eventuali provvedimenti adottati.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 marzo 2018

Il Segretario
Maria Esposito