



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

#### **DELIBERA N. 193 DEL 1 marzo 2018**

Oggetto: Istanza presentata da presentata da SO.GE.SA s.r.l. – Servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani ed assimilati e di igiene ambientale nel Comune di Montemesola – CIG: 6790258A28 - Importo a base di gara: 833.046,54 - S.A.: Centrale Unica di Committenza presso l'Unione dei Comuni Montedoro

#### **PREC 36/18/S**

#### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza di parere prot. n. 78863 del 7 giugno 2017, presentata da SO.GE.SA s.r.l., relativamente alla gara in epigrafe, bandita dalla Centrale Unica di Committenza presso l'Unione dei Comuni Montedoro, in data 25 novembre 2016;

VISTE, in particolare, le contestazioni sollevate dall'istante sia in merito alla presunta illegittimità della composizione della commissione di gara, in ragione del fatto che il RUP, arch. Nicola Antonante, svolgeva le funzioni di Presidente in violazione dell'articolo 77, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016; sia concernenti la violazione del principio di segretezza delle offerte a causa dell'erronea apertura preventiva della busta contenente l'offerta della Universal Service s.n.c.; sia relative alla erroneità delle valutazioni effettuate dalla stazione appaltante sulle offerte tecniche;

VISTA, nello specifico, la documentazione prodotta;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 26 gennaio 2018;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, le memorie delle parti;

VISTA la memoria difensiva dell'amministrazione nella quale si precisa che, per quanto concerne la nomina del RUP come membro della commissione, *«alla data della gara di appalto non vi era assoluta ed insuperabile incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente di commissione, poiché la prima non attiene a compiti di controllo ma soltanto a compiti di verifica interna della correttezza del procedimento. [...] Nella normativa vigente all'epoca della gara non esisteva il divieto per il RUP di far parte della commissione»*; relativamente alla seconda doglianza si evidenzia che, come riportato nel verbale del 7 febbraio 2017, *«all'atto di procedere all'apertura della busta contrassegnata dalla lettera B della ditta Universal Service s.n.c. la commissione riscontra che la stessa risulta già aperta ed il relativo contenuto viene ritrovato nel plico di spedizione. La commissione giudicatrice dà atto che erroneamente nella prima seduta si è proceduto al taglio accidentale della busta B della ditta Universal Service s.n.c. in occasione del taglio del plico di spedizione. A riprova di quanto sopra si evidenzia che il taglio dei lembi di chiusura della busta B coincidono perfettamente con il taglio del plico di spedizione. Si presume inoltre che sempre nella prima seduta dopo aver firmato tutte le buste da parte della commissione quella contrassegnata con la lettera B della Universal Service s.n.c. sia stata inserita inavvertitamente nella busta di spedizione con il lembo tagliato verso il basso e che, pertanto, una*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*volta ripresa la busta, il contenuto della stessa sia uscito e depositato nel plico di spedizione»; in merito a tale concorrente, inoltre, l'amministrazione rappresenta che lo stesso, secondo in graduatoria, ha dichiarato di ritirarsi dalla gara con comunicazione del 6 aprile 2017, dunque successivamente alla seduta del 13 marzo 2017, in cui si proponeva l'aggiudicazione dell'appalto all'Impresa Del Fiume S.p.A.; per quanto concerne la contestazione relativa alla valutazione delle offerte tecniche, la stazione appaltate evidenzia, infine, che la commissione ha esaminato tutte le offerte migliorative con attenzione;*

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che, per quanto concerne la prima doglianza, attinente alla nomina del RUP quale membro e Presidente della commissione, rileva il contenuto dispositivo di cui al comma 4 dell'articolo 77 del d.lgs. n. 50/2016 alla stregua del quale *«i commissari non devono avere svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»*; a tale disposizione, con d.lgs. n. 56/2017 è stata introdotta altresì la frase *«La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura»*, che tuttavia non è applicabile *ratione temporis* alla fattispecie oggetto dell'odierna controversia;

CONSIDERATO che la questione, con riferimento alla disposizione antecedente alla recente modifica legislativa, è stata chiarita dall'Autorità nella delibera n. 436 del 27 aprile 2017, nella quale è stato precisato che la norma sopra indicata rappresenta un'evoluzione di quanto previsto dal comma 4 dell'articolo 84, del previgente d.lgs. n. 163/2006 in quanto estende al Presidente della commissione la causa di incompatibilità dello svolgimento di altro incarico o funzione in relazione al contratto oggetto della gara, che il vecchio Codice prevedeva nei soli confronti dei commissari diversi dal Presidente ed è stato chiarito che, in base alle coordinate ermeneutiche fornite dalla consolidata giurisprudenza amministrativa, la previgente disposizione, dettata a garanzia della trasparenza e imparzialità amministrative nella gara, impediva la presenza nella commissione di gara di soggetti che avessero svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438, parere n. 46 del 21 marzo 2012);

CONSIDERATO quanto affermato dall'Autorità, nelle Linee guida n. 3 – *“Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni”*, adottate con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 – applicabili *ratione temporis* alla gara in questione, indetta in data 25 novembre 2016 – secondo cui *«il ruolo di RUP di regola ricade nell'ipotesi di incompatibilità prevista dal comma 4 dell'articolo 77, ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza»*;

CONSIDERATO che, con Comunicato del Presidente del 22 marzo 2017, recante *“Chiarimenti sull'iscrizione all'Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici”* l'Autorità ha precisato che, ai sensi degli articoli 77, comma 12, e 216, comma 12, del d.lgs. 50/2016, la nomina della commissione giudicatrice continua ad essere di esclusiva spettanza delle pubbliche amministrazioni secondo regole di organizzazione, competenza e trasparenza preventivamente individuate;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

CONSIDERATO che, al fine di evitare forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, l'eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento alla funzione di commissario di gara e Presidente della commissione giudicatrice, deve essere valutata in concreto dalla stazione appaltante verificando la capacità di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito;

CONSIDERATO che, nell'effettuare tale valutazione, la stazione appaltante possa essere procedere anche tenendo conto delle indicazioni richiamate nella delibera n. 436 del 27 aprile 2017, secondo cui nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti lo stesso esercizio da parte di un commissario diverso dal Presidente di funzioni amministrative con qualifica di dirigente per conto e nell'interesse dell'Amministrazione appaltante e relative alla procedura di gara non integra, di per sé, la causa di incompatibilità di cui all'articolo 84, comma 4, atteso che detta norma mira ad impedire la partecipazione alla commissione unicamente di soggetti che nell'interesse proprio o in quello privato di alcuna delle imprese concorrenti – da dimostrare – abbiano assunto o possano assumere compiti relativi ai lavori oggetto della procedura di gara (TAR Lazio, Roma, sez. III, 7 febbraio 2011, n. 1172, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1565/2015; Consiglio di Stato, parere n. 1767 del 2 agosto 2016); nonché secondo cui la norma prevede l'incompatibilità, quale componente della commissione giudicatrice, soltanto di coloro che hanno svolto funzione decisorie autonome, nella predisposizione degli atti di gara e non è sufficiente un mero ausilio tecnico o esecutivo nella predisposizione del capitolato in quanto in quest'ultima ipotesi non vi sarebbe alcun pericolo effettivo di effetti disfunzionali nella valutazione delle offerte (cfr. TAR Emilia Romagna – Bologna, sez. II, sentenza 13.7.2015, n. 675);

RITENUTO che, nel caso in esame, in ragione delle suesposte argomentazioni, spetti alla stazione appaltante valutare l'insussistenza di cause di incompatibilità nella nomina del RUP a Presidente della Commissione, tenendo conto del fatto che, in tale circostanza, il RUP, responsabile della macro area funzioni delegate dell'Unione dei comuni Montedoro e responsabile dell'Ufficio Tecnico del comune di Montemesola, come risulta dalla determinazione n. 24 del 26 gennaio 2017, ha indetto la procedura di gara, ha approvato la documentazione ed ha adottato la determinazione di nomina della commissione, assumendone la presidenza;

CONSIDERATO che, per quanto riguarda la seconda doglianza relativa alla violazione della segretezza delle offerte, rilevano le circostanze di fatto rappresentate dalla stazione appaltante e nel verbale di gara che riconducono ad un errore materiale il taglio della busta dell'offerta della Universal Service s.n.c.;

RITENUTO, sotto tale profilo, non accoglibile la contestazione sollevata dall'istante;

CONSIDERATO che, in merito al terzo profilo di presunta illegittimità prospettato nell'istanza, concernente la non corretta valutazione delle offerte tecniche presentate occorre richiamare il consolidato orientamento della giurisprudenza e di questa Autorità secondo cui *«le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche,*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero, ancora, salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte» (ANAC, delibera n. 210 del 1 marzo 2017, parere n. 198 del 25 novembre 2015; Consiglio di Stato Sez. V 23 febbraio 2015, n. 882);*

CONSIDERATO che, dai verbali di gara risulta che la commissione, sulla base dei criteri e dei coefficienti previsti nella *lex specialis*, ha attribuito i punteggi ai concorrenti e che tale circostanza non appare viziata da illogicità, irrazionalità e irragionevolezza, avendo la commissione applicato la formula prevista dalla *lex specialis* e i relativi coefficienti;

#### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che spetti alla stazione appaltante valutare la sussistenza di un'incompatibilità in concreto a carico del RUP relativamente allo svolgimento della funzione di Presidente della commissione di gara, verificando la capacità di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito e che la valutazione delle offerte tecniche effettuata dall'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, non appare viziata da illogicità, irrazionalità e irragionevolezza.

Il Presidente ff

*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 marzo 2018

Il segretario Maria Esposito