



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

**DELIBERA N. 436 DEL 27 aprile 2017**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Boskalis Italia S.r.l. – Procedura aperta per l'esecuzione dei lavori di dragaggio per l'allargamento dell'imboccatura Sud del Porto di Livorno (Fase II). Importo a base di gara euro: 9.650.331,18. S.A.: Autorità Portuale di Livorno.

**PREC 58/17/L**

**R.U.P. – commissario di gara – presidente commissione giudicatrice – incompatibilità.**

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 verificando la capacità di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito.

**Art. 77, comma 4, d.lgs. 50/2016.**

### **Il Consiglio**

**VISTA** l'istanza di parere prot. n. 186382 del 16.12.2016 presentata dalla Boskalis Italia S.r.l., concorrente posizionatasi terza nella graduatoria finale, relativamente alla procedura aperta per l'esecuzione dei lavori di dragaggio per l'allargamento dell'imboccatura Sud del Porto di Livorno (Fase II);

**VISTO** il profilo di doglianza sollevato da parte istante in merito alla presunta incompatibilità dell'Ing. Motta, R.U.P. il quale, Dirigente dell'Area Sicurezza e Ambiente dell'Amministrazione ha concorso nella redazione e approvazione del capitolato speciale d'appalto risultando poi aver svolto la funzione di commissario di gara nonché presidente della commissione giudicatrice. L'impresa Boskalis Italia S.r.l. contesta la violazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs. 50/2016 e delle Linee Guida Anac n. 3 recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni";

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria avvenuto con nota del 28.2.2017;

**VISTE** le controdeduzioni inoltrate dalla stazione appaltante con le quali contesta le censure avanzate da parte istante ritenendole infondate in quanto sia il progetto tecnico che il capitolato speciale, in esso contenuto, sono atti interamente realizzati dal Gruppo di progettazione e la funzione del RUP si limita a una successiva validazione. Sostiene, infatti l'Autorità Portuale di Livorno che, nell'iter procedimentale formativo dell'atto in questione (c.s.a.) il RUP abbia una posizione volta a vigilare sulle fasi del procedimento, non avendo il potere di determinare in maniera autonoma i contenuti del progetto e quindi del capitolato speciale, atteso che l'approvazione spetta alla stazione appaltante. Evidenzia comunque che il capitolato speciale d'appalto non contiene alcuna informazione di natura tecnica tale da essere utile nella fase di valutazione delle offerte. Pertanto, non è configurabile alcuna situazione di incompatibilità a carico del RUP. Inoltre, evidenzia sulla scorta di diverse pronunce



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

giurisprudenziali che non vi sia una incompatibilità assoluta e insuperabile tra le funzioni del RUP e quelle di componente di commissione di gara. Infine, ritiene che la previsione contenuta all'art. 77 d.lgs. 50/2016 non si applichi al caso di specie in quanto la disposizione è destinata a valere solo a regime, ovvero solo dopo la prevista creazione del relativo albo dei commissari di gara;

VISTA la memoria integrativa presentata dalla società istante con le quali ribadisce la fondatezza dei propri rilievi, invocando a sostegno di ciò una recente pronuncia del TAR Marche del 6 febbraio 2017, n. 108. Parte istante ritiene sussistere, inoltre, un'ulteriore incompatibilità anche con riferimento agli altri due membri di commissione di gara in quanto in rapporto di dipendenza gerarchica con il Dirigente dell'area Sicurezza e Ambiente che, all'epoca di svolgimento della procedura era appunto l'Ing. Motta.

VISTE le osservazioni formulate dalla impresa SIDRA S.p.A., mandataria del RTI con mandante impresa Sales S.p.A., risultato aggiudicatario della procedura *de qua*, con le quali richiama, in ordine al possibile cumulo delle funzioni di RUP e di presidente di commissione giudicatrice, una pronuncia del TAR Lombardia – Brescia (sez. II, del 19.12.2016, n. 1757). Ritiene, altresì, intempestiva la questione sul potenziale vizio di legittimità sollevata in quanto intervenuta solamente a seguito dell'aggiudicazione provvisoria;

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

CONSIDERATO, in generale, che il comma 4 dell'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 dispone che 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;

CONSIDERATO che la norma sopra indicata rappresenta un'evoluzione di quanto previsto dal comma 4 dell'art. 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;

CONSIDERATO al riguardo 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. Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438, parere n. 46 del 21 marzo 2012);

CONSIDERATO quanto affermato dall'Autorità, con Linee guida n. 3 adottate con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016, laddove indica che il ruolo di RUP di regola ricade nell'ipotesi di incompatibilità prevista dal comma 4 dell'art. 77, ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza;

RILEVATO quindi che occorre comunque tenere presente, al fine di evitare forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quell'approccio interpretativo di minor rigore della norma fornito nel tempo dalla giurisprudenza amministrativa circa, ad esempio, la previsione di cui all'art. 84, comma 4,



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

che non comporta, di per sé, l'incompatibilità a far parte della Commissione giudicatrice di tutti i soggetti che, in quanto dipendenti della stazione appaltante, siano in qualche misura coinvolti, per obbligo di ufficio, nello specifico lavoro, servizio o fornitura che è oggetto dell'appalto. E ancora, che nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione, 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'art. 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), (cfr. Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 1565/2015; Cons. Stato, parere n. 1767 del 2.8.2016). «L'articolo in questione 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 quindi che, nel caso in esame, secondo quanto rappresentato e argomentato dalla stazione appaltante, l'attività posta in essere dal soggetto che ha svolto il ruolo di RUP non appare incompatibile rispetto allo svolgimento da parte del medesimo anche delle funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, fermo restando in capo alla stazione appaltante circa l'obbligo motivazionale nella scelta operata per l'individuazione dei soggetti da incaricare;

CONSIDERATO comunque che con Comunicato del Presidente del 22 marzo 2017 l'Autorità ha chiarito 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,

### **Il Consiglio**

ritiene nei limiti di cui in motivazione 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 verificando la capacità di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 maggio 2017

Il segretario Maria Esposito