

DELIBERA N. 414

13 SETTEMBRE 2023.

Oggetto

Istanza presentata dalla [OMISSIS]- Procedura aperta per l'affidamento del servizio di Assistenza Domiciliare Integrata con l'assistenza sanitaria (ADI - art 88 R.R. n. 4/2007) - Assistenza Domiciliare non integrata (SAD - art. 87 R.R. n. 4/2008) Obiettivo di servizio C.1 e C.2 - V^ Piano Sociale di Zona 2022/2024 "cure domiciliari integrate 1° e 2° livello". Importo a base di gara euro: 1.709.196,96 al netto dell'IVA. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Ufficio di Piano - Ambito Territoriale Sociale Molfetta - Giovinazzo c/o Comune capofila di Molfetta
UPREC-PRE 659/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Articolo 77 del d.lgs. 50/2016

Articolo 216 del d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura – Commissione – Nomina

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 settembre 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 57404 del 14.7.2023 con la quale l'o.e. [OMISSIS] ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente ad alcuni profili di



illegittimità inerenti la nomina della Commissione giudicatrice per la procedura aperta per l'affidamento del servizio di Assistenza Domiciliare Integrata con l'assistenza sanitaria bandita dalla Città di Molfetta;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 61429 del 27.7.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalla parte e dalla stazione appaltante, che aveva all'uopo richiesto una proroga per la produzione di memorie e pertanto il relativo contributo è pervenuto in data 10.8.2023;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte su una serie di profili concernenti in particolare la legittimità della nomina e della composizione della suddetta commissione di gara che secondo l'istante avrebbe disatteso la normativa di riferimento (artt. 77 e 216 del d.lgs. 50/2016), nonché le regole di competenza e trasparenza individuate dalla stazione appaltante nelle more della adozione della disciplina relativa all'albo istituito preso l'ANAC ai sensi dell'art. 78 del previgente codice dei contratti, segnatamente la delibera del Commissario straordinario del comune di Molfetta n. 73 del 9.11.2016;

PRESO ATTO inoltre che a seguito delle dimissioni del Presidente della commissione per incompatibilità e di uno degli altri commissari, l'o.e. istante contesta ulteriormente che la stazione appaltante avrebbe dovuto rinnovare integralmente la procedura di nomina prevista nella sopracitata disciplina, procedendo in tal senso alla ripubblicazione di avviso pubblico e provvedendo ad un nuovo sorteggio a garanzia del principio di rotazione e trasparenza;

RILEVATO inoltre che viene altresì censurata la mancata trasparenza della stazione appaltante per quanto concerne la sostituzione/revoca dei due membri originari della Commissione di gara che sarebbe stata disposta in assenza di motivazione;

RILEVATO che la procedura in esame di importo pari a € 1.709.196,16, veniva indetta ai sensi del provvedimento del 3.1.2023 a cui, alla scadenza fissata nel bando, partecipavano 5 oo.ee., e che successivamente, con provvedimento del 20.2.2023, la stazione appaltante pubblicava l'avviso pubblico ai fini della nomina del solo presidente della commissione giudicatrice, prevedendo ai sensi della disciplina di cui al previgente d.lgs. 50/2016, applicabile *ratione temporis*, e della citata delibera del Commissario straordinario del comune di Molfetta n. 73 del 9.11.2016 che l'incarico era subordinato alla *"istruttoria, alla valutazione delle istanze pervenute nonché all'esito dell'eventuale sorteggio"*.

PRESO ATTO che all'esito della istruttoria posta in essere nei termini di cui alla disciplina applicabile ed ivi richiamata, delle 5 candidature pervenute, solo due soggetti erano effettivamente in possesso dei pieni requisiti, pertanto, in data 28.3.2023 si procedeva a sorteggio e veniva estratto il nome del dott. L. Panunzio; di tale nomina veniva dato riscontro con provvedimento dirigenziale della stazione appaltante del 4.4.2023, con cui veniva altresì nominata l'intera commissione di gara, completata dalla nomina di due dipendenti della stazione appaltante in qualità di commissari;

PRESO ATTO che rispettivamente con note del 21.4.2023 e del 24.4.2023, sia il Presidente nominato, che uno dei due commissari rassegnavano le proprie dimissioni dall'incarico, la stazione appaltante procedeva alla revoca del predetto provvedimento di costituzione della commissione di gara del 4.4.2023, e con determinazione pubblicata in data 2.5.2023, la commissione medesima veniva ricostituita sostituendo il presidente con attribuzione dell'incarico al candidato non estratto alla data del 28.3.2023, mentre l'incarico di commissario veniva conferita ad altro dipendente della stazione appaltante;



RILEVATO che all'esito della conclusione della procedura di gara l'o.e. istante si classificava al terzo posto e l'appalto veniva affidato ad altro o.e. che è peraltro intervenuto nel presente procedimento trasmettendo precipue memorie e censurando altresì la tardività dell'istanza de qua, e dunque l'inammissibilità ai sensi dell'art. 7 del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui alla delibera del Consiglio n. 10 del 9 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022;

CONSIDERATA preliminarmente tale censura, si osserva tuttavia che *"l'orientamento consolidato della giurisprudenza di settore ... l'onere di impugnazione immediata delle clausole del bando deve ritenersi circoscritto a quelle impeditive della partecipazione alla gara o impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati (cfr. Cons. St. Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4). L'insegnamento della Plenaria ribadisce che il "bene della vita" è l'aggiudicazione (ossia la pretesa di stipulare con la PA) e non già quello all'astratta regolarità delle operazioni di gara, talché, quando si considera la "lesione" per verificarne la concretezza e l'attualità dell'interesse è a quel bene della vita che occorre guardare. Né il quadro di riferimento muta ove si voglia considerare l'atto di nomina della commissione in sé. La Sezione ritiene a tal riguardo di dover ribadire che "nelle gare pubbliche detto provvedimento, al pari degli atti compiuti dalla Commissione nel corso del procedimento di gara, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere della immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale; di conseguenza la nomina dei componenti può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima, solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni di gara, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (in termini Cons. Stato, III, 11 maggio 2018, n. 2835; V, 16 gennaio 2015, n. 92)" (Cons. St., V, 09.01.2019, n. 193; (cfr. Cons. St., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595)" (cfr. ex multis Cons. Stato sez. III, sentenza 28.3.2022, n. 2253). In funzione di tale costante contributo giurisprudenziale ne discende che l'istanza de qua seppur vertendo direttamente su un provvedimento che risale al 2.5.2023, ciononostante la ditta Sirio soc. coop. era nei termini per procedere ai sensi dell'art. 211 del d.lgs. 50/2016;*

PRESO ATTO che con la prima censura l'o.e. istante contesta la regolarità della procedura di nomina della commissione posta in essere, si osserva che ai sensi dell'art. 216, co. 12 del d.lgs. 50/2016 "Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.", con la conseguenza che nel caso in esame la previsione normativa di riferimento è quella contenuta nella citata delibera del C.S. n. 73/2016, che segnatamente agli artt. 4 e 5 disciplina i criteri e le modalità di selezione dei componenti delle Commissioni giudicatrici distinguendo - *expressis verbis* - le procedure di importo inferiore e superiore alle soglie di rilevanza comunitaria;

CONSIDERATO che l'art. 4 della disciplina transitoria di cui alla delibera C.S. n. 73/2016, in caso di sotto soglia, è previsto che la nomina a commissario può essere disposta direttamente nei confronti di soggetti individuati sulla base del criterio di rotazione tra il personale interno (comma 1) e, solo in caso di indisponibilità in organico, si potrà ricorrere al personale esterno (comma 5), nel qual caso si applicherà la disciplina più articolata del successivo art. 5 che regola invece gli appalti c.d. sopra soglia.

PRESO ATTO che il successivo articolo 5, applicabile come anticipato alle procedure c.d. sopra soglia, prevede a differenza di quanto previsto nell'articolo precedente, che l'incarico possa essere affidato a "pubblici dipendenti di ruolo", senza distinguere tra personale interno all'ente ed esterno, a professionisti



con esperienza e a docenti universitari di ruolo, e – precipuamente – previa pubblicazione di avviso pubblico per la selezione di candidati in possesso dei requisiti e successivo sorteggio;

PRESO ATTO pertanto della evidenziata differenza di procedura prevista nelle regole di cui l'ente si è auto-dotato ai sensi dell'art. 216, co. 12 del previgente d.lgs. 50/2016, ne discende con palmare evidenza che in caso di procedura sopra soglia la stazione appaltante per nominare "i commissari" avrebbe dovuto pubblicare un avviso riferito a tutti e tre i membri della commissione giudicatrice e procedere successivamente a sorteggio, laddove necessario;

CONSIDERATO che nel caso di specie la procedura in esame ha un importo pari a € 1.709.196,16, è evidentemente una procedura c.d. sopra le soglie di cui all'art. 35 del d.lgs. 50/2016;

RILEVATO quanto sopra, alla luce delle previsioni normative richiamate, art. 77, 78 e 216, co. 12 del d.lgs. 50/2016, nonché delle c.d. "regole di trasparenza e competenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante" nelle more dell'attuazione dell'albo di cui al citato art. 78, contenute nella determina C.S. del comune di Molfetta n. 73/2016, fin dall'inizio la procedura di nomina della commissione giudicatrice posta in essere dalla stazione appaltante non appare conforme alle previsioni anzidette, dovendosi ribadire che in caso di procedura sopra soglia, l'art. 5 richiede espressamente la pubblicazione di avviso pubblico per la individuazione dei "Commissari". A tale proposito non convincono le osservazioni rese sul punto dalla stazione appaltante secondo cui le norme contenute nella determina C.S. 73/2016 non andrebbero applicate in maniera letterale, in quanto, stante il chiaro contenuto delle previsioni richiamate, appare evidente che la modalità di nomina da seguire fosse diversa da quella specificamente adottata;

CONSIDERATO infine quanto sopra, ne deriva che le ulteriori doglianze poste dall'o.e. istante devono ritenersi assorbite;

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante, con riferimento alle questioni dedotte in ordine al criterio utilizzato per la nomina della commissione di gara, non sia conforme alla disciplina di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 settembre 2023

Il Segretario verbalizzante Laura Mascali

Atto firmato digitalmente