Numero 01919/2016 e data 14/09/2016

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 30 agosto 2016

NUMERO AFFARE 01452/2016

OGGETTO:

Autorita' nazionale anticorruzione.

Linee guida relative a Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici.

LA COMMISSIONE SPECIALE

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 0108041 in data 13 luglio 2016 con la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 115 del 26 luglio 2016, che ha istituito la Commissione Speciale per la trattazione dell'affare in questione;

Visti i contributi dei soggetti interessati ed operatori del settore;

Considerato che nell'adunanza del 30 agosto 2016, presenti anche i Presidenti aggiunti Rosanna De Nictolis e Marco Lipari, la Commissione ha esaminato gli atti e udito il relatore Vincenzo Lopilato.

Premesso e Considerato.

A. Considerazioni generali

1. La rilevanza della richiesta del parere in oggetto.

L'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora innanzi anche ANAC o Autorità), con nota del 16 luglio 2016, prot. n. 0108041, ha chiesto al Consiglio di Stato di esercitare le proprie funzioni consultive in relazione alle linee guida relative ai «*Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici*».

La predetta richiesta assume particolare rilievo – come già osservato dalla Commissione speciale di questo Consiglio di Stato, con parere 2 agosto 2016, n. 1767, in sede di esame delle linee guida su responsabile unico del procedimento, offerta economicamente più vantaggiosa e affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, a cui si fa rinvio – in quanto l'Autorità nazionale anticorruzione, pur non venendo in evidenza un atto per il quale è obbligatorio il parere del Consiglio di Stato, ha ritenuto opportuno sottoporre al Consiglio gli schemi delle richiamate linee guida, in una logica di fattiva cooperazione istituzionale.

2. Il quadro normativo di riferimento.

2.1. Le regole del precedente Codice.

L'art. 84 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 prevedeva la nomina di una commissione giudicatrice «quando la scelta della migliore offerta» avveniva «*con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*» (comma 1). La commissione doveva essere composta da «*esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto*» (comma 2).

La regola generale era rappresentata dalla scelta di commissari "interni" alla stazione appaltante. L'eccezione era rappresentata dalla nomina di commissari "esterni"

(professionisti o professori ordinari di ruolo) – «*in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate*» – scelti nell'ambito di un elenco formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali o dalle facoltà di appartenenza.

Le prescrizioni esecutive erano poste dagli articoli 120, commi 2-5, e 282 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

La ragione sottesa alla scelta legislativa era quella di attuare i principi di economicità dell'azione amministrativa mediante la riduzione dei costi connessi alla nomina e al funzionamento della commissione.

2.2. Le regole del nuovo Codice.

L'art. 77 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ha anche anch'esso previsto la nomina di una commissione giudicatrice limitatamente ai casi di aggiudicazione «*con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*» (comma 1, primo inciso). La commissione deve essere composta da «*esperti nello specifico settore cui si afferisce l'oggetto del contratto*» e deve svolgere «*la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico*» (comma 1, secondo inciso).

Si raccomanda di adeguare la terminologia delle linee guida al nuovo significato della formula OEPV: l'obbligo del ricorso alla commissione di gara sussiste solo nel caso in cui si applichi il sistema del miglior rapporto Qualità/prezzo.

La regola generale è rappresentata dalla scelta di commissari "esterni" alla stazione appaltante, selezionati fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione, che comprende una sezione ordinaria ed una sezione speciale. In relazione alla prima si dispone che «*i commissari sono scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui all'articolo 78*». In relazione alla seconda si dispone che «*nel caso di procedure di aggiudicazione svolte da CONSIP S.p.a, INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a. e dai soggetti aggregatori regionali di cui all'articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni,*

dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, tra gli esperti iscritti nell'apposita sezione speciale dell'Albo, non appartenenti alla stessa stazione appaltante e, solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante ovvero, se il numero risulti ancora insufficiente, ricorrendo anche agli altri esperti iscritti all'Albo al di fuori della sezione speciale» (comma 3, primo capoverso). I commissari, prosegue la disposizione in esame, «*sono individuati dalle stazioni appaltanti mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione*». Tale lista «*è comunicata dall'ANAC alla stazione appaltante, entro cinque giorni dalla richiesta della stazione appaltante*» (comma 3, secondo capoverso).

L'eccezione è costituita dalla nomina di "commissari interni".

La disposizione in esame prevede, infatti, che: «*la stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 o per quelli che non presentano particolare complessità, nominare componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione*». La stessa disposizione prosegue, sancendo che: «*sono considerate di non particolare complessità le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ai sensi dell'articolo 58*».

L'art. 78 del d.lgs. n. 20 del 2016 disciplina l'«*Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici*». Esso prevede che *«è istituito presso l'ANAC, che lo gestisce e lo aggiorna secondo criteri individuati con apposite determinazioni, l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*». Ai fini dell'iscrizione nel suddetto albo, la norma in esame dispone che «*i soggetti interessati devono essere in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto, secondo i criteri e le modalità che l'Autorità definisce in un apposito atto, valutando la possibilità di articolare l'Albo per aree tematiche omogenee, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente Codice*».

2.3. Il regime transitorio.

Il passaggio dal vecchio al nuovo regime non è immediato, in quanto l'art. 78 prevede che: «*fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo, si applica l'articolo 216, comma 12*». La norma richiamata dispone, a sua volta, che, in via transitoria, «*la commissione giudicatrice 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*».

3. Questioni interpretative generali.

3.1.Natura delle «determinazioni» dell'ANAC.

La normativa sopra riportata pone alcune questioni interpretative di portata generale.

La prima attiene alla stessa natura del potere dell'ANAC previsto dall'art. 78 del Codice, sopra riportato.

La suddetta norma primaria delimita il potere dell'Autorità alla gestione e all'aggiornamento dell'Albo, nonché alla individuazione dei criteri e delle modalità di individuazione dei requisiti di compatibilità, onorabilità, comprovata competenza e professionalità.

Il documento non definisce la natura dell'atto, limitandosi a fare generico riferimento a «*determinazioni*» dell'Autorità.

La prescrizione deve essere intesa, come correttamente fatto dalla stessa ANAC, nel senso che si deve trattare di "linee guida".

La valenza integrativa del precetto primario attribuita alla suddetta determinazione induce, inoltre, a ritenere che si sia in presenza di linee guida vincolanti.

Ne consegue che si è in presenza di «atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare» (parere n. 1767 del 2016 di questa Commissione, cit.,

cui si rinvia per l'indicazione delle conseguenze applicative derivanti da detta qualificazione).

3.2. La obbligatorietà dell'iscrizione nell'Albo.

La seconda questione attiene alla portata dell'obbligo di iscrizione nell'Albo.

L'Autorità, nelle linee guida in esame, ha disposto, con nettezza, che «*per poter fare parte della commissione gli esperti devono necessariamente essere iscritti all'Albo, anche se appartenenti alla stazione appaltante che indice la gara*».

Si tratta di stabilire se tale generalizzazione dell'obbligo sia o meno conforme alla normativa primaria.

Il primo capoverso del terzo comma dell'art. 77, dopo avere previsto che «*i commissari sono scelti fra gli esperti iscritti all'Albo speciale presso l'ANAC*», disciplina la sezione speciale dell'albo in presenza delle sopra indicate amministrazioni aggiudicatrici. E in relazione a quest'ultime puntualizza che in detta sezione occorre distinguere gli esperti iscritti non appartenenti alla stazione appaltante e quelli che vi appartengono.

Il secondo capoverso dello stesso terzo comma disciplina le modalità di scelta dei commissari da parte dell'amministrazione aggiudicatrice mediante sorteggio da una lista fornita dall'Autorità.

Il terzo capoverso, infine, disciplina i casi in cui la stazione appaltante può nominare commissari interni.

La riportata disposizione non fornisce, sul piano letterale, direttive interpretative chiare. La prima parte sembra generalizzare la valenza dell'obbligo di iscrizione dell'obbligo per tutti i commissari. La seconda parte sembra prevedere questa possibilità soltanto per i commissari inseriti nella sezione speciale. La terza parte sembra assegnare valenza organizzativa autonoma alla stazione appaltante in presenza di commissari interni.

La valorizzazione del canone interpretativo sistematico, in coerenza con gli obiettivi di trasparenza perseguiti dalla nuova normativa, anche alla luce del criterio direttivo

contenuto nella legge delega (art. 1, lett. hh), induce a ritenere che sia preferibile l'interpretazione, fatta propria dall'Autorità, che generalizza l'obbligo di iscrizione.

3.3. Modalità di nomina e regole di attività e responsabilità.

La terza questione attiene al rischio, prospettato dai soggetti coinvolti dall'ANAC nella procedura di consultazione pubblica e richiamato dalla stessa Autorità nella relazione AIR, che tale diversità di nomina possa "deresponsabilizzare" le stazioni appaltanti, incidendo sui tempi e sulla stessa efficienza nella gestione delle procedure di gara.

Questa Commissione speciale rileva come le differenti modalità di nomina non incidano sul sistema di attività e responsabilità dei componenti della commissione giudicatrice.

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che i commissari sono organi istruttori straordinari e temporanei della stazione appaltante (tra gli altri, Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2014, n. 5811).

Tale qualificazione consente il funzionamento del sistema di imputazione dell'attività proprio delle organizzazioni amministrative: le valutazioni della commissione, anche eventualmente illegittime, sono riconducibili direttamente all'amministrazione aggiudicatrice.

La violazione delle regole di azione da parte dei commissari determina, altresì, responsabilità civile diretta della stazione appaltante per i danni eventualmente subiti da terzi e responsabilità amministrativa dei commissari con giurisdizione della Corte dei conti. L'interruzione del nesso organico si realizza, in particolare, quando vengono poste in essere condotte che integrano fattispecie di reato.

La circostanza che i commissari siano, normalmente, esterni e non interni, alla stazione appaltante non muta il descritto meccanismo operativo. Anche nella nuova disciplina è presente, infatti, un "atto di nomina", che è quello che consente la

creazione del rapporto di ufficio che sta alla base del sistema delle imputazioni giuridiche.

L'ANAC potrebbe valutare l'opportunità di inserire una prescrizione che chiarisca questi profili.

B. Analisi delle linee guida.

1. Campo di applicazione.

Le linee guida, riprendendo testualmente quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 13 dell'art. 77, prevedono che le disposizioni in esse contenute «*non si applicano alle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto o concessioni effettuate dagli enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici quando svolgono una delle attività previste dagli art. 115-121 del Codice*».

La ragione della delimitazione del campo applicativo è quella di assicurare procedure connotate da maggiore flessibilità qualora le stesse vengono indette da soggetti che non possono qualificarsi come pubbliche amministrazioni.

A tale proposito, questa Commissione speciale rileva l'esigenza di un coordinamento interpretativo con la disciplina delle commissioni giudicatrici nell'ambito dei concorsi di progettazione.

L'art. 155, primo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che, per detti concorsi, la commissione giudicatrice è composta unicamente da persone fisiche alle quale si applica, tra l'altro, l'art. 78 dello stesso Codice.

L'art. 141, primo comma, del Codice prevede che «*ai concorsi di progettazione nei settori speciali*» si applica, tra l'altro, l'art. 155.

Sul piano letterale, il richiamo integrale, da parte dell'art. 141, all'art. 115 e dunque all'art. 78, dovrebbe indurre a ritenere che la regole della iscrizione all'Albo si applichi sia in presenza di amministrazioni aggiudicatrici sia di enti aggiudicatori.

Sul piano sistematico, una tale applicazione generalizzata sarebbe incoerente con la regola generale posta dall'art. 77, comma 13, richiamata dalle stesse linee guida, che

delimita chiaramente l'applicazione delle norme sulla composizione della commissione alle procedure indette nei settori speciali dalle sole amministrazioni aggiudicatrici e non anche da enti aggiudicatori.

Questa Commissione speciale ritiene, pertanto, che il coordinamento tra le disposizioni riportate si attua ritenendo che l'obbligo della previa iscrizione all'Albo ai fini della nomina nelle commissioni giudicatrici per i concorsi di progettazione operi soltanto in presenza di amministrazioni aggiudicatrici e non riguardi, pertanto, nei settori speciali, gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici.

L'ANAC potrebbe chiarire questo aspetto nelle linee guida.

2. Composizione dell'Albo e modalità di nomina dei commissari "esterni" ed "interni".

2.1. Il par. 1 delle linee guida dispone che: «*per poter fare parte della commissione gli esperti devono necessariamente essere iscritti all'Albo, anche se appartenenti alla stazione appaltante che indice la gara*».

Il par. 2 prevede che l'Albo è composto da:

- «*una sezione ordinaria contenente l'elenco degli esperti che possono essere selezionati dall'Autorità a seguito di richiesta delle stazioni appaltanti nonché direttamente dalla stesse quando ricorrono le condizioni di cui al punto 3*» (che disciplina i casi di nomina di "commissari interni");
- «*una sezione speciale, prevista dall'art. 77, comma 3, per le procedure di aggiudicazione svolte da Consip s.p.a., Invitalia s.p.a. e dai soggetti aggregatori regionali di cui all'art. 9 del d.l. n. 66/2014, convertito con modificazioni dalla legge 89/2014*».

L'ANAC potrebbe valutare la possibilità di articolare la composizione dell'Albo in modo da separare gli esperti "esterni", che possono appartenente alle diverse categorie indicate nel prosieguo (punto 3.2.), dagli esperti "interni" alle stazioni appaltanti.

L'art. 78 del Codice, sopra riportato, attribuisce, inoltre, all'Autorità il potere di articolare l'Albo «*per aree tematiche omogenee*». In attuazione di tale previsione, l'Autorità potrebbe valutare la richiesta prospettata, nell'ambito delle consultazioni pubbliche,

dal Ministero della Difesa e dal Ministero dell'interno – Dipartimento dei Vigili del Fuoco, del Soccorso Pubblico e della Difesa civile di creare una area dedicata agli esperti che operano in questi delicati e specifici settori.

2.2. Il par. 3 prevede che: «*In caso di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria o per quelli che non presentano particolare complessità, le stazioni appaltanti hanno la possibilità di nominare componenti interni, nel rispetto del principio di rotazione*». La stessa previsione dispone che: «sono considerate di non particolare complessità le procedure interamente gestite tramite piattaforme telematiche di negoziazione, ai sensi dell'art. 58 del Codice e di quelle che prevedono l'attribuzione di un punteggio tabellare sulla base di formule indicate nella documentazione di gara».

Lo stesso paragrafo aggiunge che quando, invece, «*la commissione deve esprimere valutazioni di tipo discrezionali è necessario che almeno il presidente sia nominato facendo ricorso alla lista comunicata dall'Autorità*».

La riportata prescrizione non sembra coerente con la norma primaria in relazione sia all'individuazione dei presupposti per la nomina dei commissari interni sia in relazione ai criteri di nomina dei commissari stessi.

Con riferimento al primo aspetto, l'art. 78, comma 3, ultimo capoverso, dispone che: *i*) «*la stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 o per quelli che non presentano particolare complessità, nominare componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione*»; *ii*) «*sono considerate di non particolare complessità le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ai sensi dell'articolo 58*».

La norma contempla due fattispecie che consentono la nomina di commissari interni: procedure di importo inferiore alla rilevanza europea; procedure di particolare complessità.

La prima fattispecie non pone dubbi interpretativi.

La seconda fattispecie, invece, potrebbe intendersi, sul piano letterale, sia nel senso che la categoria generale è quella delle «*procedure non complesse*» e il richiamo alle piattaforme telematiche una mera esemplificazione casistica sia nel senso che detto richiamo esaurisca la portata della stessa categoria.

Questa Commissione ritiene che la prima interpretazione sia più aderente al dato letterale del Codice.

Le linee guida, nel definire i contratti «*di non particolare complessità*», rinviano all'esemplificazione contenuta nell'art. 78 e aggiungono il riferimento alle procedure «*che prevedono l'attribuzione di un punteggio tabellare sulla base di formule indicate nella documentazioni di gara*». Tale esemplificazione non è chiara e, in ogni caso, è necessario che l'ANAC provveda ad una più estesa indicazione di possibili fattispecie rientranti nell'ambito applicativo della norma, al fine di evitare, in ragione della genericità del presupposto in esame, una possibile elusione della regola generale.

Con riferimento al secondo aspetto, l'art. 78 dispone che, quando ricorrono le condizioni sopra indicate, la stazione appaltante può «*nominare componenti interni alla stazione appaltante nel rispetto del principio di rotazione*».

La formulazione letterale della disposizione riportata depone nel senso che all'amministrazione viene attribuito un ampio potere discrezionale di nomina di tutti i «*componenti interni alla stazione appaltante*», incluso il Presidente. In questa direzione interpretativa depone anche il comma 8 dello stesso art. 77, secondo cui «*il Presidente della commissione giudicatrice è individuato dalla stazione appaltante tra i commissari sorteggiati*». Tale norma, infatti, nel prevedere la regola generale dell'individuazione del Presidente nell'ambito dei commissari sorteggiati, esclude la possibilità di una previa individuazione del Presidente stesso nel rispetto di modalità diverse da quelle prefigurate dalla norma stessa.

Alla luce di quanto esposto, la previsione delle linee guida – secondo cui il Presidente deve sempre essere nominato facendo ricorso alla lista comunicata dall'Autorità –

pur rispondendo maggiormente alla complessiva finalità di trasparenza perseguita dalla riforma, si pone in contrasto con la normativa primaria. Non ha neanche copertura legislativa il (non chiaro) criterio discretivo, individuato dalle linee guida nell'esistenza di «valutazioni discrezionali», tra nomina di "commissari interni con Presidente esterno" e nomina di "commissione completamente interna".

Il perseguimento del condivisibile obiettivo di trasparenza presuppone, pertanto, una modifica del Codice.

In attesa di essa, le linee guida potrebbero esprimere una mera raccomandazione alle stazioni appaltanti, le quali, nell'esercizio di un potere discrezionale che comunque l'art. 78 gli attribuisce, potrebbero modulare la composizione della commissione in modo da assicurare la presenza di un Presidente nominato tra esperti esterni all'amministrazione.

3. Adempimenti delle stazioni appaltanti e funzionalità delle commissioni giudicatrice.

3.1. Il par. 1.1. delle linee guida, nell'elencare il contenuto di ciò che la stazione appaltante deve indicare nei documenti di gara, al numero 5, riporta quanto segue:

«*Compiti attribuiti alla commissione giudicatrice. Il Codice prevede che la commissione giudicatrice è responsabile della valutazione delle offerte tecniche ed economiche. La stazione appaltante può prevedere ulteriori adempimenti per la commissione, purché questi siano indicati nella documentazione di gara. Tra questi vi è la valutazione della congruità delle offerte tecniche, svolta con collaborazione con il responsabile del procedimento*».

La disposizione in esame sembra porsi in parziale contrasto con il primo comma dell'art. 77 del Codice.

Quest'ultima disposizione è chiara nel limitare i compiti della commissione aggiudicatrice alla «*valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico*».

Le linee guida, nel disporre che la stazione appaltante possa prevedere ulteriori adempimenti, tra i quali la «*valutazione della congruità delle offerte tecniche, svolta in*

collaborazione con il responsabile del procedimento» (RUP), assegna alla commissione funzioni non autorizzate dalla legge.

I compiti diversi da quelli indicati dalla legge spettano alla stazione appaltante, e. ove non intestati espressamente in capo a diverso organo, competono al RUP in virtù della sua competenza generale e residuale (cfr. art. 86, al comma 3, del Codice previgente e artt. 31, comma 3 e 97 del nuovo Codice).

Peraltro il RUP può già essere supportato da una struttura, temporanea o stabile (art. 31, commi 7 e 9).

3.2. Il par. 1.1. n. 3 dispone che: «*La nomina di commissari interni può essere effettuata solo quando nell'Albo vi siano un numero di esperti della stazione appaltante sufficiente a consentire il rispetto dei principi di indeterminatezza del nominativo dei commissari di gara prima della presentazione delle offerte e della rotazione delle nomine*».

Tale prescrizione introduce un presupposto per procedere alla nomina di commissari interni non contemplato dalla normativa primaria. Essa, pertanto, deve essere espunta.

3.3. Il par. 1.1. n. 4 dispone che, per i «*componenti esterni*», l'art. 77 del Codice prevede che «la nomina dei commissari avviene dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte».

La formulazione non è in linea con quanto previsto dal richiamato art. 77, il quale, al comma 7, prevede, per assicurare il rispetto del principio di imparzialità, che la nomina di "tutti" commissari, compresi quelli "interni", avvenga dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

E', pertanto, necessario eliminare l'inciso «componenti esterni».

3.4. Il par. 1.1. n. 5, dispone, inoltre, che: «*Di regola, alla commissione non possono essere attribuite responsabilità di tipo amministrativo, che competono alla stazione appaltante*».

E' preferibile sostituire l'espressione «*non possono essere attribuire responsabilità di tipo amministrativo*», per maggiore rigore tecnico, con la seguente: «*non possono essere attribuiti compiti di amministrazione attiva*».

L'espressione «*di regola*» è equivoca, perché sembra presupporre l'esistenza di "eccezioni" con competenze amministrative della commissione che non vengono indicate e che, comunque, non sarebbero compatibili con il riparto delle funzioni delineato dalla normativa primaria.

3.5. Il par. 1.1. n. 7) dispone che le sedute possono essere «*pubbliche o riservate*». Il successivo punto 1.4. prevede che la stazione appaltante deve comunicare ai candidati, al fine di velocizzare le operazioni di selezione della commissione giudicatrice, tra l'altro, la data «*della seduta pubblica di apertura delle offerte tecniche*».

La disciplina di questo aspetto non risponde ai crismi di una regolazione esaustiva: è necessario che venga indicata l'attività specifica che deve essere svolta in sede pubblica, a garanzia dell'imparzialità dell'azione amministrativa, e quella che può svolgersi in seduta riservata.

Nella norma primaria manca un'espressa previsione di questa importante fase relativa all'attività della commissione esaminatrice.

In attesa di un'integrazione a livello di fonte legislativa, il Consiglio di Stato ritiene, comunque, che il completamento della regolazione possa avvenire mediante una modifica delle linee guida in oggetto, senza che la scelta delle modalità di svolgimento delle sedute venga demandata alla stazione appaltante.

Tale modifica potrebbe essere disposta riprendendo il contenuto dell'art. 12 del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52, convertito in legge 6 luglio 2012, n. 94. Detta disposizione – al fine di recepire i principi espressi dall'Adunanza plenaria (sentenze 28 luglio 2011, n. 13 e 22 aprile 2013, n. 8) – ha modificato l'art. 120 del d.P.R. n. 207 del 2010, prevedendo, tra l'altro, che 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, 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, procede secondo quanto previsto dall'articolo 121*», (che disciplinava le procedure di accertamento dell'anomalia dell'offerta).

3.6. Il par. 1.1. n. 7) dispone, altresì, che la stazione appaltante deve indicare «*la possibilità per i commissari di lavorare a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni*».

Le linee guida, sul punto, riprendono quando disposto dal secondo comma dell'art. 77. Per evitare possibili dubbi in sede applicativa, deve essere chiarito che si tratta di un potere direttamente riconosciuto dalla legge e, pertanto, non rientra nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice prevedere questa modalità di lavoro, ma piuttosto è onere delle stazioni appaltanti predisporre i mezzi tecnici necessari per consentire alla commissione che ne faccia richiesta di lavorare a distanza.

3.7. Il par. 1.2. prevede che l'Autorità con proprio Regolamento disciplina:

«*a) le procedure informatiche per garantire l'aleatorietà della scelta;*

b) le modalità per garantire la corrispondenza tra la richiesta di professionalità da parte della stazione appaltante e la sezione di riferimento dell'Albo;

c) le modalità per garantire la rotazione degli esperti. Al riguardo rilevano il numero di incarichi effettivamente assegnati. Non possono avere nuovi incarichi coloro che sono stati già nominati esperti per due commissioni di gara nel corso dell'anno;

d) le comunicazioni che devono intercorrere tra Autorità, stazioni appaltanti e commissari di gara per la tenuta e l'aggiornamento dell'Albo».

Dalla lettura di queste prescrizioni risulta come l'Autorità abbia inteso scindere in due diversi momenti temporali l'adozione delle prescrizioni attuative del Codice, assegnando il compito di regolazione ad atti di natura differenti.

In relazione ai tempi, il Consiglio di Stato prende atto di questa volontà e auspica che il secondo provvedimento di completamento, relativo, peraltro, ad aspetti di agevole attuazione, venga adottato in tempi celeri per consentire l'entrata in vigore del nuovo sistema di composizione delle commissioni.

In relazione alla natura degli atti, la denominazione dell'atto in esame come «regolamento» non può significare che esso abbia natura normativa. Il suo contenuto, infatti, presenta profili di stretta attinenza con il contenuto delle linee guida in esame. Né varrebbe rilevare che, in questo caso, vengono in rilievo aspetti di disciplina organizzativa interna, in quanto anche le linee guida possa presentare detta articolazione contenutistica. In definitiva, la sostanziale omogeneità tra i due atti impone la qualificazione anche del secondo come "linee guida", con le conseguenze sopra delineate (cfr. Considerazioni generali, par. 2.1.).

Chiarito ciò, si segnala l'opportunità: *i*) nella lettera a) del punto 1.2. di sostituire «*aleatorietà*» con «*casualità*»; *ii*) nella lettera c) del punto 1.2. di aggiungere «*se ci sono altri soggetti idonei a essere nominati commissari*».

3.8. Il par. 1.3. dispone che: «*le stazioni appaltanti, una volta ricevuto l'elenco dei candidati, devono procedere al sorteggio pubblico, con procedure che garantiscano almeno la piena conoscenza della data del sorteggio e delle modalità di svolgimento dello stesso da parte di tutti i concorren*ti».

La Commissione speciale rileva l'opportunità di un'integrazione del precetto mediante: *i*) l'indicazione della data in cui si svolgerà il sorteggio pubblico e se esso si svolgerà in una apposita seduta o in altra già dedicata all'esercizio delle altre funzioni della stazione appaltante (ad. es. seduta in cui si procede alle ammissioni e esclusioni dei candidati); *ii*) le modalità (documentazione di gara o avviso sul profilo del committente) attraverso le quale rendere nota tale data.

3.9. Il par. 1.7. prevede che: «*ai fini della prevenzione della corruzione la commissione e i singoli commissari segnalano immediatamente all'Autorità e, eventualmente, alla Procura della Repubblica competente qualsiasi tentativo di condizionamento della propria attività da parte dei concorrenti, stazione appaltante e, in generale, di qualsiasi altro soggetto in grado di influenzare l'andamento della gara*».

E' necessario sostituire le parole «*e, eventualmente alla Procura della Repubblica*» con «*e, ove ravvisino ipotesi di reato, alla Procura della Repubblica*».

3.10. La parte in esame è priva della disciplina delle modalità di nomina di eventuali "sostituti" se uno o più dei candidati designati dall'ANAC abbia un impedimento soggettivo ovvero versi in una situazione ostativa. Sarebbe, pertanto, opportuna un'integrazione in questo senso delle linee guida, che rispetti il requisito legislativo che impone che il sorteggio pubblico avvenga mediante individuazione da una lista «*costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare*» (art. 78, comma 3, penultimo capoverso, del Codice). Se i soggetti rimasti in lista non sono in numero sufficiente ad assicurare detto requisito, sarà necessario provvedere, da parte della stazione appaltante, a chiedere all'ANAC una integrazione dei nominativi.

3.11. La presente parte delle linee guida potrebbe, inoltre, essere integrata mediante la previsione dell'obbligo, per le stazioni appaltanti, di comunicare il compenso dei singoli commissari e il costo complessivo, sostenuto dall'amministrazione, connesso alla procedura di nomina.

4. Comprovata esperienza e professionalità.

4.1. Il par 2.2. dispone che possono iscriversi a ciascuna sottosezione, tra gli altri, i «*dipendenti pubblici appartenenti alle amministrazioni di cui all'elenco Istat, istituito ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 e ss.mm.ii*».

Questa prescrizione presenta i seguenti aspetti di criticità.

L'art. 1, comma 2, della n. 196 del 2009 stabilisce che: «*Ai fini della applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica, per amministrazioni pubbliche si intendono*», gli enti e i soggetti indicati a fini statistici nell'elenco predisposto dell'Istituto nazionale di statistica (Istat), sulla base delle «*definizioni di cui agli specifici regolamenti dell'Unione europea*», nonché «*le Autorità indipendenti e, comunque, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni*».

Il terzo comma del predetto articolo, richiamato dalle linee guida, dispone che «*la ricognizione delle amministrazioni pubbliche di cui al comma 2 è operata annualmente dall'Istat con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre*».

L'inserimento nell'elenco predetto presuppone l'esistenza – e l'accertamento – dei criteri di identificazione sostanziale contemplati dalla normativa europea richiamata dalla disposizione in esame.

In particolare, il Sistema europeo dei conti, adottato con regolamento del Consiglio Europeo del 21 maggio 2013, n. 54925, prevede, nell'ambito di una complessa regolazione anche di altri soggetti, che il «*settore amministrazioni pubbliche*» ricomprende «*tutte le unità istituzionali che agiscono da produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita, la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali ed è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori e/o tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del Paese*» (par. 2.111).

Questa normativa ha fornito una nozione di pubblica amministrazione di valenza non generale ma limitata all'applicazione della normativa che persegue lo scopo di assicurare il rispetto degli obblighi finanziari e del patto di stabilità interno. Nell'elenco Istat sono, infatti, inclusi anche soggetti formalmente privati che svolgono determinate attività di pubblico interesse. La ragione di tale ampliamento risiede nell'esigenza di sottoporre un numero esteso di enti al rispetto degli predetti obblighi (in questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2016, n. 2326).

L'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generale sull'ordinamento del lavoro alle dipendente delle amministrazioni pubbliche), fornisce, anch'esso, una nozione formale di amministrazioni pubbliche, mediante l'elencazione degli enti che vi rientrano. Tale nozione formale deve essere affiancata dalla nozione sostanziale basata su criteri rivelatori della pubblicità dell'ente (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2326 del 2016, cit.).

La Commissione speciale rileva che linee guida devono richiamare quest'ultima normativa e il concetto di amministrazione pubblica che in essa è contenuto e non quello di cui alla legge n. 196 del 2009. Ciò in quanto il richiamo operato dalle linee guida è finalizzato ad individuare la categoria dei «*dipendenti pubblici*». In tale ottica, non può, pertanto, che farsi riferimento alla nozione di amministrazione, che lo stesso Testo unico in materia di dipendenti pubblici ha fornito proprio al fine di individuare la stessa categoria di dipendenti pubblici e definire, conseguentemente, l'ambito applicativo della sua disciplina. In definitiva, il richiamo ad una nozione settoriale ma ampliativa di amministrazione pubblica deve essere sostituito con il richiamo ad una nozione generale ma restrittiva.

4.2. I par. 2.3., 2.4 , 2.5. 2.6., indicano i requisiti che devono possedere i soggetti che possono iscriversi all'Albo. I soggetti autorizzati sono: *i*) professionisti la cui attività è soggetta all'obbligo di iscrizione in ordini o collegi; *ii*) professionisti la cui attività non è soggetta a detto obbligo; *iii*) dipendenti pubblici; professori ordinari, professori associati, ricercatori delle Università italiane e posizioni assimilate. Tali disposizioni richiedono, rispettivamente alle lettere e), f) d) c), il «*possesso di una copertura assicurativa obbligatoria*».

La previsione non chiarisce quale sia l'oggetto del contratto di assicurazione e quali siano i beneficiari della polizza. In particolare, non è chiarito se essa operi a favore della sola stazione appaltante ovvero anche a favore dei terzi che subiscono un danno per l'attività dei commissari.

Il punto 2.3., lettera e), richiama l'art. 5 del d.P.R. n. 137 del 2012, che, per i commissari che sono «professionisti esercenti professioni regolamentate», dispone che il professionista è tenuto a stipulare «idonea assicurazione per i danni derivanti al cliente dall'esercizio dell'attività professionale».

I punti 2.4., 2.5 e 2.6., alle lettere f), d) e c), utilizzano una dizione molto ampia nella parte in cui fa riferimento al «possesso di una copertura assicurativa che copra i danni che possono derivare dall'attività del commissario di gara».

Dall'analisi della relazione AIR sembra desumersi che l'intenzione dell'Autorità sia quella di contemplare un sistema assicurativo a rilevanza "interna" per coprire gli eventuali danni che le stazioni appaltanti possono subire in ragione di illegittimità commesse dai commissari. Del resto, i terzi lesi – potendo proporre, alla luce di quanto sopra esposto in relazione alla imputabilità dell'attività dei commissari alla stazione appaltante, azione di responsabilità diretta nei confronti di quest'ultima – possono ritenersi adeguatamente tutelati. Sotto altro aspetto, deve essere chiarito che, in presenza di dipendenti pubblici, gli oneri non sono a carico della pubblica amministrazione.

Alla luce di quanto esposto, l'ANAC potrebbe valutare l'opportunità di impiegare una formula che meglio chiarisca l'ambito, le finalità e le modalità della copertura assicurativa.

4.3. I par. 2.3, lettera c), 2.4., lettera c), 2.5., lettera c), 2.6., lettera b), prevedono, per ciascuna categoria, il requisito dell'assenza di sanzioni disciplinari.

In particolare, si prevede:

- per i professionisti esercenti professioni regolamentare, «*assenza di sanzioni disciplinari (censura o sospensione) comminati dall'ordine o dal collegio nell'ultimo triennio o della sanzione della cancellazione*»;

- per gli altri professionisti, «*in caso di iscrizione a un'associazione professionale, assenza di sanzioni disciplinari (censura o sospensione) comminati dalla stessa nell'ultimo triennio o della sanzione della cancellazione*»;
- per i dipendenti pubblici, «*assenza di sanzioni disciplinari (sospensione del servizio e della retribuzione o sanzione conservativa intermedia) comminata nell'ultimo triennio, di procedimenti disciplinari per infrazioni di maggiore gravità in corso, o della sanzione del licenziamento*»;
- per i professori o ricercatori, «*assenza di sanzioni disciplinari (censura o sanzione con efficacia sospensiva) comminata nell'ultimo triennio, di procedimenti disciplinari per infrazioni di maggiore gravità in corso, o della sanzione con efficacia sospensiva*».

Dall'analisi del contenuto delle disposizioni riportate emerge come l'ANAC abbia previsto presupposti, in parte, diversi a seconda della categoria di soggetti che viene in rilievo.

Questa Commissione speciale segnala, anche al fine di evitare non ragionevoli trattamenti differenziati e tenuto conto della diversità tipologica delle sanzioni esistenti, la necessità di prevedere un requisito omogeneo e generico, applicabile a tutte le categorie. Si potrebbe, pertanto, utilizzare la seguente espressione: «*assenza di sanzioni disciplinari della censura o più gravi*».

4.4. Il par. 2.8 prevede che: «*in caso di passaggio tra le categorie di cui al punto 2.2., l'esperto deve dimostrare di possedere cumulativamente i requisiti previsti nei punti precedenti*».

La prescrizione non è chiara, in quanto non è indicato come operi il suddetto cumulo.

L'Autorità potrebbe valutare un suo svolgimento esplicativo nei sensi di seguito indicati.

Nell'elencare i presupposti per la nomina le linee guida, in relazione a ciascuna categoria, prevedono requisiti specifici che non possono che essere di quella categoria (ad esempio, per i soggetti di cui al punto 2.3., il «*rispetto degli obblighi formativi di cui all'art. 7 del d.P.R. 7 agosto 2012, n. 137*»; per soggetti di cui al punto 2.4. «*eventuale*

assolvimento della formazione permanente di cui all'art. 2, comma 2, della legge 14 gennaio 2013, n. 4»). Ne consegue che l'Autorità non può che richiedere il possesso del requisito specifico in relazione alla qualifica rivestita al momento dell'incarico.

Esistono, poi, requisiti "negativi" non cumulabili e requisiti "positivi" cumulabili.

In relazione ai primi – quali, l'assenza di sanzioni disciplinari – il "cumulo" deve essere inteso in senso sfavorevole per i candidati, sicché, per esempio, il soggetto non deve comunque avere subito sanzioni disciplinari nel triennio, anche se in questo arco temporale è passato da una categoria all'altra.

In relazione ai secondi – quali il possesso di "anzianità di servizio" ovvero di "esperienza professionale" maturata nel periodo richiesto – il "cumulo" deve essere inteso in senso favorevole per i candidati, con la conseguenza che è possibile considerare entrambi i requisiti maturati nelle diverse categorie.

4.5. Il punto 2.9. elenca gli affidamenti da considerarsi «particolarmente complessi». Il Consiglio di Stato rileva come sarebbe opportuno integrare l'elenco mediante l'espressa menzione anche dei lavori relativi al settore ambientale, con particolare riferimento, ad esempio, alle attività di bonifica di siti inquinati ovvero a quella di gestione di rifiuti soprattutto quelli pericolosi.

5. Requisiti di moralità e compatibilità.

5.1. Il par. 3.1. dispone che non possono essere iscritti all'Albo né far parte della commissione giudicatrice neppure come segretario o custode della documentazione di gara, coloro che hanno riportato determinate condanne, anche non definitive, specificamente indicate.

La scelta dell'ANAC è stata quella, in ragione della delicatezza delle funzioni da svolgere, di anticipare la soglia di rilevanza della condotta penale, ritenendo sufficiente, in presenza di gravi fatti di reato, anche l'esistenza di una sentenza non definitiva.

Il d.lgs. n. 50 del 2016, all'art. 80, contiene l'elenco dei reati che comportano l'esclusione obbligatoria dalla procedura di gara degli operatori economici destinatari di una sentenza definitiva di condanna.

Pur nella consapevolezza della diversità degli ambiti e dei presupposti, sarebbe opportuno che le linee guida considerino ostative tutte le condanne per reati di cui all'art. 80, Codice, e non riportate nel documento in esame, anche al fine di creare una sorta di "simmetria escludente" tra partecipanti e giudicanti, se del caso aggiungendo ulteriori reati ritenuti rilevanti. Si tenga conto che, tra i reati non richiamati, sono presenti anche quelli specifici afferenti alle procedura di gara: art 353 c.p. (turbata libertà degli incanti), 353-bis c.p. (turbata libertà del procedimento di scelta del contraente).

5.2. Il par. 3.6. prevede che: «al momento dell'accettazione dell'incarico, o in una fase antecedente, i commissari devono dichiarare l'inesistenza di cause d'incompatibilità o di astensione. Tali cause devono persistere per tutta la durata dell'incarico».

La prescrizione va riformulata, sostituendo «tali cause devono persistere per tutta la durata dell'incarico» con «l'assenza di cause di incompatibilità, astensione, esclusione previste dall'articolo 77 del codice deve persistere per tutta la durata dell'incarico».

5.3. Il par. 3.7. prevede che: «*il dipendente deve produrre, oltre alla dichiarazione di incompatibilità e di impossibilità di svolgere l'incarico, anche l'autorizzazione della propria amministrazione, se prevista*».

Le espressioni «oltre alla dichiarazione di incompatibilità e di impossibilità a svolgere l'incarico» devono essere sostituite con «*oltre alla dichiarazione di assenza di cause ostative ai sensi dell'articolo 77 e di impedimento all'incarico*».

6. Modalità di iscrizione e di aggiornamento dell'Albo.

6.1. Il par. 4.1. prevede le modalità di iscrizione sono demandate a un futuro regolamento ANAC.

A tale proposito, valgono le considerazioni già svolte in relazione al punto 1.2.

6.2. Il par. 4.5. dispone che: «*L'Autorità procede alla verifica, a campione, sulla correttezza e sul mantenimento nel tempo di quanto autodichiarato per l'iscrizione, anche avvalendosi dell'ausilio del Corpo della Guardia di Finanza, ai sensi dell'art. 213, comma 5, del Codice*».

La prescrizione, in una logica di non eccessivo aggravamento dell'attività dell'Autorità, appare condivisibile, ma occorre prevedere che si proceda comunque a verifica sui requisiti di iscrizione nel momento in cui il soggetto viene indicato nella lista di candidati fornita alla stazione appaltante.

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere della commissione speciale.

L'ESTENSORE
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO
Maria Luisa Salvini