

Il Consiglio di Stato ha reso il parere sulle 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”

Cons. St., comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1919

1. Oggetto.

Il parere è stato reso dal Consiglio di Stato sulle linee guida che l’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ha adottato, ai sensi degli artt. 77 e 78, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Si tratta delle regole operative che devono essere seguite nella composizione delle commissioni giudicatrici e nella gestione da parte dell’ANAC dell’Albo dei componenti la commissione.

Il suddetto d.lgs. n. 50 del 2016, si sottolinea nel parere, ha optato per un sistema di preferenza per i commissari esterni rispetto a quelli interni alla stazione appaltante, al fine di garantire una maggiore attuazione dei principi di imparzialità e trasparenza.

L’Autorità ha scisso in due diversi momenti temporali l’adozione delle prescrizioni attuative del Codice. Il Consiglio di Stato ha auspicato che il secondo provvedimento di completamento delle presenti linee guida venga adottato in tempi celeri per consentire l’entrata in vigore del nuovo sistema di composizione delle commissioni.

2. Questioni generali.

Nel parere sono state analizzate le seguenti questioni di valenza generale.

2.1. *Natura delle «determinazioni» dell’ANAC.*

La prima questione trattata ha riguardato la natura delle linee guida.

La Commissione speciale ha rilevato che esse, integrando il precetto primario, hanno natura 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.

2.2. *La obbligatorietà dell’iscrizione nell’Albo.*

La seconda questione ha riguardato la portata dell’obbligo di iscrizione nell’Albo.

Il Consiglio di Stato ha condiviso l'impostazione delle linee guida che, a fronte di un dato normativo non del tutto chiaro, hanno imposto l'obbligo di iscrizione nel predetto Albo non soltanto per i commissari esterni ma anche per quelli interni alla stazione appaltante.

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

La terza questione esaminata ha avuto ad oggetto il sistema di responsabilità delle stazioni appaltanti. La Commissione speciale ha messo in rilievo che la natura esterna del commissari non impedisce il funzionamento del sistema di imputazione dell'attività alla stazione appaltante, con la conseguente assenza, a seguito della riforma, di un rischio di "deresponsabilizzazione" dell'amministrazione aggiudicatrice.

3. Questioni specifiche.

3.1. Campo di applicazione.

Si è chiarito che l'obbligo della previa iscrizione all'Albo gestito dall'ANAC, ai fini della nomina nelle commissioni giudicatrici per i concorsi di progettazione, operi soltanto in presenza di amministrazioni aggiudicatrici e non anche, nei settori speciali, in presenza di enti aggiudicatori.

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

In relazione a questa tematica la Commissione speciale ha affermato quanto segue.

A) La previsione normativa, ripresa dalle linee guida, che consente la nomina di commissari interni in presenza di appalti di «particolare complessità» deve essere interpretata in modo rigoroso, per evitare una possibile elusione dei principi di garanzia sottesi alla preferenza legislativa per i commissari esterni. La Commissione speciale ha, pertanto, richiesto all'ANAC di compiere una elencazione puntuale delle fattispecie che potrebbero rientrare nell'ambito della suddetta eccezione.

B) La parte delle linee guida che prevedono che, nel caso in cui ricorrono i presupposti per la nomina di una commissione interna, il Presidente della commissione deve essere scelta tra soggetti "esterni" alla commissione, deve essere espunta dal testo perché si pone in contrasto con l'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2006, che non contempla tale obbligo.

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

In relazione a questa tematica la Commissione speciale ha affermato quanto segue.

A) Le linee guida - nel disporre che la stazione appaltante possa prevedere ulteriori adempimenti rispetto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, tra i quali la «valutazione della congruità delle offerte tecniche, svolta in collaborazione con il responsabile del procedimento» - assegnano alla commissione funzioni non autorizzate dalla legge.

B) Le linee guida - nella parte in cui dispongono 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» - hanno introdotto un presupposto non contemplato dalla normativa primaria.

C) La nomina di "tutti" commissari, compresi quelli "interni", deve avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

D) E' necessario integrare le linee guida al fine di chiarire in quali casi le sedute devono essere pubbliche e in quali riservate, con ulteriori prescrizioni esecutive, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 12 del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52, convertito in legge 6 luglio 2012, n. 94.

E) E' opportuno integrare le linee guida, da un lato, mediante l'indicazione 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, dall'altro, 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.

In relazione a questa tematica la Commissione speciale ha affermato quanto segue.

A) Ai fini della identificazione della categoria dei "dipendenti pubblici" che possono essere nominati nella commissione, non si deve avere riguardo alle amministrazioni di cui all'art. 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 ma all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendente delle amministrazioni pubbliche).

B) E' necessario chiarire a favore di quale soggetto operi (stazione appaltante o terzi) l'obbligo previsto dalle linee guida, per i commissari nominati, di possedere "una copertura assicurativa obbligatoria".

C) Occorre che le linee guida contengano requisiti omogenei, in ordine all'assenza di sanzioni disciplinari, per tutti i soggetti che possono essere nominati nelle commissioni giudicatrici.

D) E' necessario chiarire come debbano essere considerati i requisiti di nomina posseduti nell'ambito di una categoria nel caso di passaggio dell'esperto in categoria di soggetti inclusi tra quelli suscettibili di nomina,

E) Nell'elenco degli affidamenti da considerarsi «particolarmente complessi» devono essere inseriti anche i 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.

4.1. Requisiti di moralità e compatibilità.

In relazione a questa tematica la Commissione speciale ha affermato quanto segue.

A) Sarebbe opportuno che le linee guida considerino ostative alla nomina dei commissari tutte le condanne per reati di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, anche al fine di creare una sorta di "simmetria escludente" tra requisiti dei partecipanti e dei giudicanti.

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

In relazione a quest'ultima tematica la Commissione speciale ha rilevato che l'ANAC deve procedere a verifica sui requisiti di iscrizione nel momento in cui il soggetto viene indicato nella lista di candidati fornita alla stazione appaltante.