

Numero 02163/2017 e data 19/10/2017 Spedizione



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 14 settembre 2017

NUMERO AFFARE 01499/2017

OGGETTO:

Autorità 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 del 14 settembre 2017

Vista la nota di trasmissione della relazione del 31 luglio 2017, prot. n. 0096375, 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 11 settembre 2017 n. 112, che ha istituito la Commissione Speciale per la trattazione dell'affare in questione; esaminati gli atti e udito il relatore Vincenzo Lopilato nell'adunanza del 14 settembre 2017;

A. Considerazioni generali

1. La richiesta del parere in oggetto

L'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora innanzi anche Anac o Autorità), con nota del 31 luglio 2017, prot. n. 0096375, ha chiesto al Consiglio di Stato di esercitare le proprie funzioni consultive in relazione allo schema di 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*».

Questa Commissione speciale si è già espressa, con parere 14 settembre 2016, n. 1919, sull'iniziale schema di provvedimento predisposto dall'Autorità.

La nuova richiesta viene giustificata in ragione delle modifiche recate alla fonte primaria di autorizzazione all'adozione degli atti in esame con il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), che, anche a seguito della nuova consultazione pubblica, ha imposto la parziale revisione dello schema di linee guida già esaminate dal Consiglio di Stato.

Nella nota di trasmissione al Consiglio di Stato il Presidente dell'Autorità ha messo in rilievo, in particolare, *«che non sono stati condivisi i dubbi, sollevati da alcuni dei soggetti che hanno partecipato alla consultazione, circa la scelta dell'Autorità di non far gravare i dipendenti e/o le amministrazioni degli oneri di copertura assicurativa, nel caso di esperti interni alla stazione appaltante»*.

2. Le novità del decreto correttivo al codice dei contratti pubblici

Le novità introdotte dal d.lgs. n. 56 del 2017, sopra indicato, sono le seguenti:

- la stazione appaltante può nominare alcuni componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione, escluso il Presidente, anche in caso di *«lavori di importo inferiore a un milione di euro»* (art. 77, comma 3, penultimo inciso);

- «in caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture di elevato contenuto scientifico tecnologico o innovativo, effettuati nell'ambito di attività di ricerca e sviluppo, l'Anac, previa richiesta e confronto con la stazione appaltante sulla specificità dei profili, può selezionare i componenti delle commissioni giudicatrici anche tra gli esperti interni alla medesima stazione appaltante» (art. 77, comma 2, ultimo inciso);
- «la nomina del rup a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura» (art. 77, comma 4);
- «le stazioni appaltanti, prima del conferimento dell'incarico, accertano l'insussistenza delle cause ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice di cui ai commi 4, 5 e 6 del presente articolo, all'articolo 35-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001 e all'articolo 42 del presente codice. La sussistenza di cause ostative o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati devono essere tempestivamente comunicate dalla stazione appaltante all'Anac ai fini dell'eventuale cancellazione dell'esperto dall'albo e della comunicazione di un nuovo esperto» (art. 77, comma 9);
- è stato abrogato il comma 12 dell'art. 77 (che prevedeva che «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 le linee guida di cui al comma 1 sono, altresì, disciplinate le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche, nonché sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e per altri eventuali adempimenti specifici» (art. 78, comma 1-bis).

3. Oggetto dell'analisi

L'analisi delle più rilevanti questioni poste dalla disciplina relativa alla composizione delle commissioni di gara è stata svolta, come già indicato, con il citato parere n. 1919 del 2016.

In questa sede la Commissione speciale si limiterà a valutare taluni dei rilievi posti con il precedente parere e non recepiti nello schema di linea guida, nonché le questioni “nuove” conseguenti all'adozione del decreto correttivo affrontate nel predetto schema.

B. Analisi delle linee guida

1. Premessa

1.1. Il punto A della “Premessa” 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 punto B prevede che l'Albo è così composto:

- *«una sezione ordinaria contenente l'elenco degli esperti che possono essere selezionati dall'Autorità a seguito di richiesta delle stazioni appaltanti nonché direttamente dalla stessa 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»*.

In questa sede si ribadisce l'opportunità, già segnalata con il parere n. 1919 del 2016, di articolare la composizione dell'Albo in modo da separare gli esperti “esterni” dagli esperti “interni” alle stazioni appaltanti, nonché di creare un'area dedicata agli esperti che operano in delicati e specifici settori, qual è quello, ad esempio, della sicurezza pubblica. Questa esigenza assume ancora di più rilevanza in quanto, come si dirà oltre, il decreto correttivo ha dettato una particolare

disciplina in presenza di contratti per i servizi e le forniture di elevato contenuto scientifico, tecnologico o innovativo, che possono essere affidati ad “esperti interni” alla stazione appaltante.

1.2. Il punto C dispone che: *«In caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture d'importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, per i lavori di importo inferiore a un milione di euro o per quelli che non presentano particolare complessità, le stazioni appaltanti hanno la possibilità di nominare alcuni componenti interni, escluso il Presidente, nel rispetto del principio di rotazione».*

In questa sede si ribadisce l'opportunità, già segnalata con il parere n. 1919 del 2016, di indicare talune fattispecie che, a livello esemplificativo, integrano gli estremi di un affidamento di particolare complessità in modo che le stazioni appaltanti abbiano un parametro di riferimento per modulare le proprie scelte organizzative ed evitare così una possibile elusione della regola generale costituita dalla nomina di commissari esterni.

1.3. La lettera D prevede che *«nel caso di affidamento di contratti per servizi e forniture di elevato contenuto scientifico tecnologico o innovativo, relativi ad attività di ricerca e sviluppo, la stazione appaltante, quando ritiene che ricorrano le ragioni di cui all'art. 77, comma 3, del Codice, invia entro 30 giorni antecedenti il termine per la richiesta dell'elenco di candidati, una richiesta motivata all'Autorità per la selezione di componenti scelti tra un ristretto numero di esperti anche interni della medesima stazione appaltante».* La stessa disposizione aggiunge che *«nella richiesta la stazione appaltante deve indicare i motivi per cui ritiene che non si possa fare ricorso a esperti selezionati tra quelli presenti nelle sottosezioni dell'Albo».*

Questa previsione è conseguenza delle modifiche, sopra riportate, contenute nel decreto correttivo.

La Commissione speciale rileva la necessità di chiarire, per evitare possibili distorsioni applicative, che i «*motivi*» che la stazione appaltante deve indicare

possono essere, come espressamente risulta dalla fonte primaria, soltanto quelli afferenti alla *«specificità dei profili»*.

2. Adempimenti delle stazioni appaltanti e funzionalità delle commissioni giudicatrici

2.1. Il Consiglio di Stato aveva rilevato l'opportunità di prevedere, nelle linee guida, l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di comunicare il compenso dei singoli commissari e il costo complessivo, sostenuto dall'amministrazione, connesso alla procedura di nomina.

A tale proposito, l'art. 77, comma 10, del codice dispone che la tariffa di iscrizione all'Albo e il compenso massimo per i commissari è stabilito con *«decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, sentita l'Anao»*.

La Commissione speciale mette in rilievo la necessità che il suddetto decreto ministeriale venga adottato in tempi brevi, in quanto la determinazione del compenso costituisce un elemento essenziale del conferimento dell'incarico, con la conseguenza che un ritardo nella predisposizione delle tabelle potrebbe impedire l'entrata in vigore dell'intera disciplina in esame. Il presente parere viene trasmesso, pertanto, anche al competente Ministero.

3. Comprovata esperienza e professionalità

3.1. In questa sezione, tra l'altro, le linee guida disciplinano gli aspetti relativi alla copertura assicurativa. Recependo i rilievi formulati con il parere n. 1919 del 2016 l'Autorità ha chiarito che l'obbligo della suddetta copertura deve essere disposto a favore delle sole amministrazioni per conto delle quali si svolge l'incarico di commissario e non anche a favore di terzi.

La questione che rimane aperta, come già esposto in premessa, attiene alla necessità di prevedere tale obbligo assicurativo anche a favore dei dipendenti

selezionati come commissari della propria amministrazione. La scelta dell'Anac è stata quella di non imporre tale obbligo per evitare di fare gravare sui commissari "interni" un costo eccessivo per lo svolgimento di un'attività per la quale non è prevista la corresponsione di un compenso.

Questa Commissione speciale, pur ritenendo corretta la scelta effettuata, ritiene che sarebbe opportuno che siano le stesse stazioni appaltanti a farsi carico dei costi derivanti dalla copertura assicurativa o da altre analoghe misure.

Il meccanismo che presiede al sistema di responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice è tale per cui il terzo danneggiato può rivolgersi, per ottenere il risarcimento del danno, direttamente all'amministrazione o al dipendente. Il singolo commissario è, pertanto, esposto ad un'azione di responsabilità diretta per danni conseguenti all'attività da esso posta in essere per la quale non opera il sistema assicurativo ovvero ad un'azione di responsabilità indiretta quale conseguenza di un'azione di rivalsa da parte dell'amministrazione per gli eventuali danni erariali subiti per avere dovuto corrispondere al terzo danneggiato, che si sia rivolto direttamente alla stazione appaltante, una somma a titolo di risarcimento del danno. Orbene, in questi casi sarebbe opportuno, si ribadisce, che le singole amministrazioni stipulassero un contratto di assicurazione in modo da evitare che sia il dipendente, per il quale non è previsto alcun compenso "aggiuntivo", a subire le conseguenze negative sul piano economico per l'attività posta in essere per conto dell'amministrazione aggiudicatrice di appartenenza.

4. I requisiti di moralità e compatibilità.

Il par. 3.7. prevede che *«il dipendente delle amministrazioni aggiudicatrici deve produrre, oltre alla dichiarazione di incompatibilità e di impossibilità a svolgere l'incarico, anche l'autorizzazione di cui all'art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165/2001 della propria*

amministrazione, o per chi non è assoggettato alla disciplina di cui al d.lgs. 165/2001, nei casi in cui è prevista dagli ordinamenti peculiari delle singole amministrazioni».

In questa sede si ribadisce l'opportunità, già segnalata con il parere n. 1919 del 2016, di sostituire le espressioni *«oltre alla dichiarazione di incompatibilità e di impossibilità a svolgere l'incarico»* con *«oltre alla dichiarazione di assenza di cause ostative ai sensi dell'articolo 77 e di impedimento all'incarico»*.

La necessità di effettuare tale modifica riveste ancora maggiore rilevanza in quanto, come sopra esposto, il comma 9 dell'art. 77 è stato oggetto di modifiche da parte del decreto correttivo.

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere della Commissione speciale.

L'ESTENSORE
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO

Cinzia Giglio