

La commissione di gara nel periodo transitorio

A domanda Risponde Stefano USAI

23 aprile 2020 dalle ore 15.00 alle 16.00

Delibera ANAC 312/2020

.....i RUP devono verificare (più che valutare come dice la delibera) la fattibilità dello svolgimento "delle sedute riservate della commissione giudicatrice di cui all'articolo 77 del decreto legislativo n. 50 del 18/4/2016 in streaming o con collegamenti da remoto, anche laddove tale modalità non sia prevista nel bando di gara, assicurando comunque la verbalizzazione delle operazioni svolte. In tali casi adottano tutte le misure necessarie a garantire la riservatezza delle comunicazioni e la trasparenza delle operazioni".

Delibera ANAC 312/2020

- Le stazioni appaltanti assicurano la massima pubblicità e trasparenza delle determinazioni adottate in conseguenza dell'emergenza sanitaria. A tal fine, le stesse danno atto con avviso pubblico riferito a tutte le gare:

Legge 55/2019

- *fino al **31 dicembre 2020**, non trovano applicazione, a titolo sperimentale, le seguenti norme del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50:*
- (...)
- *c) **articolo 77, comma 3, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.***

ANAC

La comunicazione/presa d'atto dell'ANAC a firma del presidente (del 15 luglio 2019) in cui, considerata l'adozione del DL 32/2019 e successiva legge di conversione n. 55/2019 pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 18 giugno 2019 si deve ritenere *"conseguentemente (...) sospesa anche l'operatività dell'Albo (...). Si informano, pertanto, i soggetti interessati, che non è più possibile procedere all'iscrizione al suddetto Albo e che l'Autorità, con successivo comunicato, renderà noti gli adempimenti in relazione alla tariffa di iscrizione versata".*

Come operare
la nomina?
(art. 77 commi
1 e 2

1. Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto.

La scelta dei
commissari
i criteri
preventivi art.
216 c. 12

"fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante"

Delibera ANAC 620/2016

Ma criteri preventivi “centralizzati” sono davvero necessari?

- il Consiglio di Stato (sez. sez. III, sentenza n. 4865/2019) ha chiarito che la norma codicistica – il riferimento è al comma 12 dell’articolo 216 trattandosi di procedura *ante* sospensione apportata con la legge 55/2019 – **non deve essere interpretata letteralmente** come necessità di un vero e proprio regolamento ma ciò che rileva, sotto il profilo sostanziale, è che la commissione di gara risulti oggettivamente costituita secondo regole di trasparenza e competenza.

Ma criteri preventivi "centralizzati" sono davvero necessari?

- L'assenza di criteri approvati a "monte" delle procedure da parte della stazione appaltante, secondo il giudice, non determina ex se l'illegittimità dell'operato "per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole".
Secondo quanto si legge in sentenza, "**occorre dimostrare che, in concreto**" siano totalmente "mancate le condizioni di trasparenza e competenza".

Ma criteri preventivi “centralizzati” sono davvero necessari?

(Friuli Venezia Giulia, sez. I, n. 5/2019), per il quale “la nomina della commissione giudicatrice” è apparsa “sufficientemente sostenuta dalla produzione dei *curricula* dei singoli componenti e dalla formulazione, da parte di ciascuno di essi, delle dichiarazioni sostitutive attestanti l’insussistenza di eventuali cause di incompatibilità rispetto all’incarico ricevuto”.

L’esperienza e l’adeguatezza a far parte della commissione di gara, **quindi, si desume dal curriculum (soggetti a pubblicazione ex art. 29 del Codice dei Contratti)**

Le modalità di individuazione

- In definitiva, la dinamica procedurale che il RUP può seguire – per la finalità della individuazione dei membri della commissione di gara - può essere così sintetizzata:
- Preso atto che deve ritenersi “sospesa” la preclusione sulla nomina dei commissari interni, il RUP deve (a sommessimo parere obbligatoriamente) **verificare previamente l’esistenza di competenze ed esperienze interne** e quindi scegliere tra i dirigenti/funzionari **già dipendenti** della stazione appaltante (o in ambito allargato come può accadere per un comune che faccia parte di una unione di comuni);

Le modalità di individuazione

Tanto nel caso in cui le nomine avvengano tra gli interni (ma lo stesso deve essere detto per il caso in cui la nomina avvenga tra soggetti esterni) occorre applicare la **rotazione**. Proprio la rotazione - per le implicanze delicate – potrebbe essere oggetto di una direttiva “centralizzata” anche sulla falsariga di quanto avviene, ad esempio, nella deliberazione n. 620/2016 dell’ANAC.

Nel caso di specie, l’autorità anticorruzione ha previsto un periodo di due anni tra un incarico e l’altro.

E’ chiaro che un simile periodo non risulta di facile applicazione **negli enti di ridotte dimensioni** e, pertanto, potrebbe essere ridotto soprattutto nel caso di professionalità specifiche (di non facile reperimento);

Le modalità di individuazione

- Occorre assicurare la massima trasparenza.
- In particolare, nel caso in cui la scelta debba avvenire tra soggetti esterni.
- In questo caso, in assenza di una disciplina centralizzata fissata dalla stazione appaltante, il RUP potrebbe seguire **le indicazioni fornite dal pregresso articolo 84 del codice dei contratti (norma ora abrogata)** ma considerata ancora applicabile alla luce della perdurante mancata attuazione dell'albo dei commissari da diversa giurisprudenza).

Le modalità di individuazione

- La norma citata (art. 84 del pregresso codice) evidenziava, per ciò che in questa sede interessa rammentare, **che i commissari diversi dal presidente dovevano essere** scelti tra i funzionari della stazione appaltante e solo in caso di **accertata carenza di adeguata professionalità i membri possono essere scelti tra dirigenti/funzionari appartenenti ad altre amministrazioni aggiudicatrici** in caso di necessità – secondo criterio di rotazione – tra:

Le modalità di individuazione

- a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;
- b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza.
- Se per la scelta di membri esterni l'articolo predetto detta regole ovvie, ad esempio nella richiesta da ordini vari la necessità di avere almeno una rosa di nomi da cui scegliere con estrazione, altra soluzione potrebbe essere quella dell'avviso pubblico.

L'avviso pubblico potrebbe essere utilizzato anche per la scelta più generale dei membri iscritti in ordini.

Rotazione

a

Modalità operative

- *Curricula* e provvedimento di nomina – da adottarsi, come noti, in data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte – dovranno essere pubblicate nella sezione trasparenza della stazione appaltante.
- La pubblicazione dei *curricula* è adempimento che non deve essere sottovalutato, pur vero che l'omessa pubblicazione non può determinare annullamento della gara, in quanto è da tale documento che i partecipanti potranno desumere se insista o meno l'esperienza che l'appalto richiede.

Attenta, quindi, deve essere la valutazione/istruttoria del RUP sulla necessità che l'esperienza sia realmente posseduta dai commissari di gara.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 17 aprile 2020 n. 2471

"il presidente della stessa avrebbe redatto ed approvato la lex specialis e gli atti prodromici e poi nominato i commissari, in posizione di incompatibilità"

In relazione alla questione delle incompatibilità tra le funzioni svolte nel procedimento e quelle di presidente della Commissione, il fondamento è di stretto diritto positivo, e va rinvenuto nel più volte ricordato art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'articolo 77, annota il giudice, ha la stessa portata oggettiva dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione alla quale la giurisprudenza aveva posto in evidenza che rispondeva all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n.13).

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 17 aprile 2020 n. 2471

"il presidente della stessa avrebbe redatto ed approvato la lex specialis e gli atti prodromici e poi nominato i commissari, in posizione di incompatibilità"

Il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, tra le funzioni svolte nel procedimento e quelle di presidente della Commissione è dunque quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione, costituendo il principio di separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta (Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1387).

ANAC deliberazione n. 760/2019

L'approvazione degli atti di gara non costituisce un'operazione di natura meramente formale ma, integra una <<funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta>> (art. 77, comma 4 del codice dei contratti) il cui svolgimento è precluso ai componenti della commissione giudicatrice. Ciò determina l'incompatibilità del dirigente/responsabile del servizio a presiedere le commissioni di gara relative ad appalti del proprio settore.

E' questa la precisazione contenuta nel recente parere dell'ANAC espresso con la deliberazione n. 760/2019.

Come operare
la nomina?
(art. 77 commi
1 e 2

- 2. La commissione è costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque, individuato dalla stazione appaltante e può lavorare a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni.

Sotto il profilo operativo

- Il soggetto che individua ed il soggetto che “nomina”
- L’indicazione sul soggetto competente a nominare il collegio facilmente individuato dalla norma: chi aggiudica la gara (*“chi effettua la scelta dell’affidatario del contratto”*)

- Il RUP “chiede” la nomina alla stazione appaltante

La posizione del RUP

- *secondo periodo, c. 4, art. 77 - La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura.*
- chi decide?

La posizione del RUP

- Se il RUP ha realmente predisposto le regole della gara è bene che non faccia parte della commissione;
- Se le regole **non implicano valutazioni discrezionali** il RUP può far parte della commissione di gara

RUP segretario verbalizzante

C. 8 art. 77. Il Presidente della commissione giudicatrice è individuato dalla stazione appaltante tra i commissari sorteggiati.

- In ogni caso il RUP può svolgere la funzione di segretario della commissione di gara
- Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 26 gennaio 2018 n. 569
- L'attività di verifica della documentazione, in quanto non implicante valutazioni tecnico-discrezionale, ma costituente una sotto-fase della procedura distinta da quella propriamente destinata alla deliberazione delle offerte, **può essere svolta anche da un seggio diverso da quello incaricato della deliberazione delle offerte, così come da un organo monocratico** (il RUP).
- Il responsabile unico del procedimento, che anche con il nuovo codice dei contratti, come nel pregresso, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti, ***“ben può svolgere, nella medesima procedura di gara, anche funzioni di segretario verbalizzante e di componente del seggio di gara che ha svolto meri controlli amministrativi, senza incorrere in alcuna incompatibilità”***

La distinzione dei compiti

- Verifiche formali: RUP, seggio di gara, ufficio ad hoc ..momento di sintesi nel RUP:
- Fasi intermedie RUP, ufficio ad ho, collaboratori ..momento di sintesi nel RUP
- Anomalia: RUP (linee guida ANAC n. 3) con il supporto della commissione o altri soggetti (ma decide il RUP)
- Il codice dei contratti non ha operato una scelta precisa circa il soggetto/organo competente alla verifica dell'anomalia dell'offerta. **Ciò induce a ritenere che rimanga nella competenza della stazione appaltante individuare l'organo competente e questa è tenuta ad esplicitarlo nella legge speciale di gara.**

In questi termini si esprime il TAR Liguria, Genova, sez. II, con la recente sentenza del 13 agosto 2019 n. 688.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 16 luglio 2019 n. 4997.

- **L'adozione del provvedimento di esclusione dal procedimento di gara compete al dirigente.** Nel caso specifico degli enti locali, tale prerogativa trova una puntuale disciplina nell'articolo 107 del decreto legislativo 267/2000; agli organi politici compete, invece, una mera competenza residuale – di indirizzo e controllo – ma non su atti gestionali.
- Ciò è quanto precisa il Consiglio di Stato, sez. V, con la recente sentenza del 16 luglio 2019 n. 4997.

La seduta telematica (nozioni minime)

Per “modalità telematica” si intende la possibilità che uno o più componenti della Commissione partecipino alla riunione da luoghi diversi dalla sede dell’incontro fissato nella convocazione, avvalendosi di strumenti di teleconferenza, telepresenza o di connessione telematica audio-video a distanza.

- Chi deve gestire in modalità telematica la riunione ?

La seduta telematica (Requisiti minimi)

Presuppone la disponibilità di strumenti telematici idonei a garantire:

- a) l'identificazione degli intervenuti, mediante riconoscimento audio/video;
- b) la reciproca, biunivoca, adeguata percezione audio-visiva tra tutti i membri;
- c) la possibilità di partecipare al dibattito in tempo reale e su un piano di perfetta parità, mediante una adeguata conduzione delle riunioni che consenta interventi "a rotazione" e dibattiti dei partecipanti;
- d) lo scambio di documenti e la visione di atti della riunione (mediante gli stessi strumenti telematici e/o lo scambio di mail e/o documenti su canali precedentemente definiti ed attivati);
- f) la sicurezza dei dati e delle informazioni (audio-video e testo) e - ove prevista – la segretezza dei loro contenuti.

La verifica dei predetti requisiti avviene sotto la responsabilità del RUP, sentiti i servizi sistemi informativi dislocati presso ciascuna sede

La seduta telematica (Requisiti minimi)

- I servizi sistemi informativi dislocati presso ciascuna (...) sono tenuti a supportare i partecipanti, sia in relazione allo svolgimento di prove preliminari sia durante la riunione (eventualmente mediante opportuna reperibilità), previa specificazione, da parte dell'organizzatore della riunione (p.es. il Presidente), di ora, luogo e modalità della riunione.

La seduta telematica (Requisiti minimi)

Nell'ipotesi in cui si verificano problemi tecnici che escludano la completa collegialità durante una riunione di una Commissione in cui è prevista la contestuale presenza di tutti i componenti, non si potrà dar corso alla riunione in modalità telematica senza la risoluzione del problema (intendendosi per tale il ripristino delle normali condizioni di interattività della riunione stessa). Trascorsi infruttuosamente un massimo di 60 minuti dal verificarsi del problema senza che questo sia stato risolto e senza che i servizi tecnici informatici assicurino che la risoluzione è imminente, la riunione è automaticamente sciolta e dovrà essere riconvocata secondo le disposizioni previste dalla normativa applicabile

La seduta telematica (Verbale)

- a) l'indicazione del giorno e dell'ora di apertura e chiusura della seduta, con la specificazione che la riunione sia svolta in modalità telematica indicando nel dettaglio le modalità di connessione (teleconferenza, telepresenza, connessione telematica audio video a distanza, altro);
 - b) la griglia con i nominativi dei componenti che hanno partecipato alla riunione e delle sedi di collegamento;
 - c) l'esplicita dichiarazione di chi presiede la Commissione della validità della riunione;
 - d) gli eventuali problemi tecnici verificatisi in corso di riunione, le soluzioni dei problemi o l'attestazione della mancata soluzione degli stessi ed ogni altra circostanza rilevante ai fini della validità della seduta in base alle norme specifiche applicabili e a quanto previsto dal presente Regolamento.
- La seduta telematica, per come sopra regolamentata, è da ritenersi svolta a tutti gli effetti presso la sede (stazione appaltante)

quesiti

Molte gare di appalto (sia di lavori sia di servizi) e relative istruttorie portate avanti dal mio ente sono legate a finanziamenti statali concessi, con apposito decreto, dai vari ministeri (in particolare MIT e MIUR). I termini per l'aggiudicazione di tali gare (o per l'esecuzione di lavori) sono quindi determinati in base ai termini temporali stabiliti dai ministeri all'interno degli appositi decreti i quali possono essere precedenti (e anche di molto) alla fase emergenziale. Domanda: i termini temporali stabiliti dai ministeri all'interno dei decreti (ad esempio 'termine ultimo per l'aggiudicazione del servizio di progettazione dei lavori di miglioramento sismico del patrimonio edilizio scolastico' oppure 'termine ultimo per la rendicontazione di lavori di adeguamento antincendio') sono soggetti alla medesima sospensione dei termini di cui al D.L. 18/2020 art.103? Ossia sospensione dal 23.02 al 15.05 ?

quesiti

- VORREI SAPERE SE SI PUO' SOTTOSCRIVERE UN CONTRATTO PER IL QUALE IL TERMINE DI 60 GIORNI E' GIA' TRASCORSO IN FORMA DIGITALE ANCHE SE LO STESSO PER L'IMPORTO ANDREBBE FIRMATO IN FORMA PUBBLICA ALLA PRESENZA DEL SEGRETARIO COMUNALE.

quesiti

- Per quanto attiene gli impianti sportivi il nostro ente presenta questa situazione:
- Alcuni sono stati affidati a gestori esterni con appalto di servizi tramite bando pubblico. Il contratto prevede apertura, chiusura, sorveglianza durante l'attività sportiva nonché manutenzione ordinaria dell'impianto. Le tariffe di uso da parte delle società sportive che fruiscono dell'impianto vengono incassate dal Comune, anche il gestore paga le tariffe di utilizzo al Comune. Viene erogato un corrispettivo per la gestione dell'impianto;
- Altri sono stati affidati con affidamento diretto con un contratto il cui contenuto è simile a quanto sopra

quesiti

A fronte dei vari DPCM che sospendono l'attività sportiva il Rup ha deciso di sospendere i contratti in corso ai sensi dell'art. 107 codice contratti, chiedendo ai gestori di elencare dettagliatamente quali sono le attività indifferibili ed urgenti da compiere sull'impianto per evitarne il deperimento, indicando costi e tempi necessari per l'intervento. L'idea sarebbe quella di procedere con una variante al contratto, sia prestazionale che economica, limitatamente alle attività di manutenzione strettamente necessaria, variante che sarà in vigore per la durata dell'emergenza, al termine della quale riprenderà il regolare contratto. In questo modo si eviterebbero eccessive spese al momento della ripresa delle attività (si pensi al taglio dell'erba che se cresce troppo non è più sufficiente il semplice trattorino) nonché eventuali danni all'impianto (dovuti a mancata irrigazione o concimazione).

Il DPCM del 10 aprile all'art. 2 comma 12 afferma che per le attività sospese è possibile fare manutenzione, pulizia locali, ecc. previa comunicazione al Prefetto.

- **L'unico problema che rimane fuori è la custodia dell'impianto in quanto non quantificabile e quindi l'impossibilità di garantire la protezione dello stesso da atti vandalici (che si sono già verificati)**

Per le palestre invece si ritiene che possa valere la sospensione del contratto fino alla ripresa delle attività, trattandosi di locali inseriti all'interno di plessi scolastici che non necessitano di manutenzione in questo periodo.

Si chiede quindi se tale procedura sia corretta

quesiti

Quesiti

i membri della commissione giudicatrice possono valutare in momenti separati le offerte tecniche, salvo poi, in seduta collegiale, decidere i punteggi da assegnare?

- R. No secondo me non possono effettuare la valutazione in momenti separati o quanto meno non è consigliabile. A mio modo di vedere la valutazione è il classico momento collegiale. Non ravviso, inoltre, la necessità di procedere in modo "separato" e distinto.

I dipendenti sono obbligati a svolgere il ruolo di commissario?

R. Si, costituisce a tutti gli effetti, se si è in possesso dei requisiti di esperienza, un dovere d'ufficio. Salvo motivate situazioni che devono essere rimesse alla valutazione del RUP (es. la paventata incompatibilità andrà dimostrata etc).

Quesiti

- avendo indetto gara aperta (art. 60) per i servizi legali con scadenza dei termini di scadenza delle offerte per il 7 maggio, è possibile procedere alla valutazione delle offerte (OEPV) oppure si deve ritenere di sospendere in virtù delle ultime disposizioni?

R. La delibera ANAC n. 312/2020 “suggerisce” di procedere in modalità telematiche. Solo nel caso in cui, effettivamente, non si possa procedere in questa modalità il RUP potrà decidere di “interrompere” il procedimento.

Quesiti

In un piccolo Ente, se la rotazione dei commissari non è possibile, è necessario ricorrere a soggetti esterni?

- R. Occorre calibrare la rotazione. A mio modo di vedere la scelta di membri esterni risulterebbe giustificata proprio dalla necessità di assicurare una rotazione (che assume un valore aggiunto di trasparenza ed oggettività evitando "potenziali" interferenze degli appaltatori).
- in un piccolo comune il RUP/Responsabile del Servizio non può essere presidente di gara neanche nel caso di aggiudicazione a massimo ribasso?

R. Nel caso di aggiudicazione al ribasso (al minor prezzo) non esistendo alcun margine di discrezionalità la commissione (che in questo caso non è prevista dalla norma) può essere presieduta dal responsabile del servizio). La presidenza, a prescindere dal caso ipotizzato, è bene ricordare che costituisce funzione dirigenziale (ex art. 107 del T.U. 267/2000).