



**COMMISSIONI DI GARA ALLA LUCE DEGLI ULTIMI
ORIENTAMENTI DI ANAC E DELLA GIURISPRUDENZA**

A Domanda Risponde **Battista BOSETTI**

24 ottobre 2018 - dalle ore 11.30 alle 12.30



**DI SEGUITO I VOSTRI QUESITI
ALL'ESPERTO**



Domanda n. 1



Quale sarà la disciplina da applicare in Regione Sicilia dove l'Urega è competente per la nomina dei Commissari di gara?

La materia è regolata dagli articoli 6, 7 e 8 del Decreto Assessorile 13 settembre 2017 in attuazione della legge regionale n. 12 del 2011 stante l'autonomia riconosciuta dall'art. 2, comma 3, del Codice (e da Corte Cost. n. 401 del 2007 con riferimento al Codice abrogato). L'albo regionale sostituisce l'Albo ANAC, e i commissari (3 titolari e 3 supplenti) sono individuati i primi due tramite sorteggio a cura del presidente della sezione centrale dell'UREGA e il terzo dalla Stazione appaltante. In casi eccezionali sono individuati ulteriori due commissari.



Domanda n. 2



Il RUP deve necessariamente far parte della commissione?

La questione si pone solo per le gare di servizi e forniture di importo inferiore a 221.000 euro, per i lavori di importo inferiore a 1.000.000 di euro e per le gare svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ai sensi dell'art. 58 e limitatamente ai componenti diversi dal Presidente. In ogni altro caso (e comunque sempre per il Presidente) l'obbligo di attingere all'Albo di ANAC supera il problema.

Nei casi indicati, dove è possibile nominare alcuni componenti interni, nel rispetto del principio di rotazione (?!) la risposta sarebbe negativa, in quanto l'art. 77, comma 4, al primo periodo lo escluderebbe a priori, dove recita «I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta». (segue)



Domanda n. 2



(seguito) Tuttavia al secondo periodo introduce ambigualmente tale possibilità recitando «La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura», mettendo nei guai la stazione appaltante su tale valutazione. La giurisprudenza è ampiamente altalenante sul punto, per cui il consiglio è quello di evitare possibili contestazioni ed escludere il RUP dalla nomina in Commissione. ANAC, con le linee guida introduce una novità: le gara con criteri basati esclusivamente sul principio on/off; in tali casi, mancando qualunque discrezionalità, la partecipazione del RUP è ammessa, anzi, in tale specifico caso, potrebbe non essere necessaria alcuna Commissione.



Domanda n. 3



A partire da quando è obbligatoria la nomina del membro esterno nelle commissioni di gara? Tale obbligo è relativo sia all'espletamento di procedure con il massimo ribasso oltre che a quelle con l'offerta economicamente più vantaggiosa?

*La nuova disciplina sulle Commissioni si applica ai procedimenti la cui data di scadenza per la presentazione delle offerte è prevista dal 15 gennaio 2019 (compreso). Non esiste l'obbligo di nomina di un «membro esterno» (esterno a cosa? All'Albo ANAC o alla stazione appaltante?) bensì la possibilità di nomina di due componenti interni alla Stazione appaltante, a rotazione, prescindendo dall'Albo ANAC, per le gare di servizi e forniture di importo inferiore a 221.000 euro, per i lavori di importo inferiore a 1.000.000 di euro e per le gare svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione.
(segue)*



Domanda n. 3



(seguito) La nomina della Commissione giudicatrice di cui agli artt. 77 e 78 del Codice non è da nominare per le gare svolte con il criterio del solo prezzo.

Per queste basterà quello che nella prassi e in giurisprudenza è definito «seggio di gara» anche in composizione monocratica, costituito dal RUP e, si consiglia, da almeno un testimone.

In modo equivoco in alcuni casi (es. la legislazione della Regione Sicilia) definisce commissione anche il seggio di gara ma, al di là del nomen juris, in questo caso non costituisce una Commissione giudicatrice come prevista dal Codice.



Domanda n. 4



Un geometra non più iscritto all'albo, ma dipendente di categoria C istruttore tecnico con più di 10 anni di esperienza nella PA, può iscriversi all'albo dei commissari gara?

La risposta è affermativa, a condizione che sia in possesso anche degli ulteriori requisiti di cui al punto 2.3 delle Linee guida n. 5 di ANAC. I geometri sono previsti nell'elenco A (Professioni tecniche) dell'allegato alle predette Linee guida, per tutte le classi di cui all'art. 14 della legge n. 143 del 1949, nei limiti delle competenze professionali dei geometri.



Domanda n. 5



Il dipendente delle Stazioni Appaltanti convenzionate CUC può essere considerato membro interno per gare non del proprio Ente?

La risposta è affermativa. Lo prevede, oltre che il buonsenso, il punto 1 della Premessa delle Linee guida n. 5 di ANAC: «È da considerarsi interno alla stazione appaltante il commissario di gara scelto tra i dipendente dei diversi enti aggregati ai sensi dell'art. 37, commi 3 e 4, del Codice, anche se gli stessi non hanno perfezionato l'iter di costituzione delle forme aggregative di cui ai citati commi, a condizione che abbiano deliberato di dare vita alle medesime».



Domanda n. 6



Alla luce delle Linee Guida 5, come va individuato il presidente se ricorre il punto 3 delle premesse?

Nei casi, già citati in precedenza, dove la Stazione appaltante può nominare autonomamente i componenti diversi dal Presidente, quest'ultimo, ogni qualvolta la Commissione giudicatrice debba esprimersi su criteri di natura discrezionale, deve essere attento tra i soggetti comunicato da ANAC che li estrae dal proprio Albo.



Domanda n. 7



Il RUP può essere componente della commissione di gara?

Per la risposta si rinvia alla Domanda n. 2.

La questione si pone solo per le gare di servizi e forniture di importo inferiore a 221.000 euro, per i lavori di importo inferiore a 1.000.000 di euro e per le gare svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ai sensi dell'art. 58 e limitatamente ai componenti diversi dal Presidente. In ogni altro caso (e comunque sempre per il Presidente) l'obbligo di attingere all'Albo di ANAC supera il problema.

Nei casi indicati, dove è possibile nominare alcuni componenti interni, nel rispetto del principio di rotazione (?!) la risposta sarebbe negativa, in quanto l'art. 77, comma 4, al primo periodo lo escluderebbe a priori, dove recita «I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta».



Domanda n. 8



I componenti esterni delle Commissioni di Gara (esperti) negli appalti di Demanio Marittimo come vengono individuati e quali sono i compensi minimi?

La domanda è equivoca: gli «appalti» indetti dal Demanio marittimo sono soggetti al Codice e seguono le stesse regole degli appalti delle altre pubbliche amministrazioni.

Forse di intendevano le «concessioni» del Demanio marittimo. Si tratta di contratti attivi che, come osservato dal Consiglio di Stato (pareri n. 855 e n. 1505 del 2016 e n. 782 del 2017) e dai giudici di primo grado (cfr. TAR Trieste, 5 luglio 2017, n. 235) devono rispettare i principi del TFUE richiamati dall'articolo 4 del Codice. Pertanto non sono tenuti all'applicazione letterale degli artt. 77 e 78 del Codice, purché le modalità di aggiudicazione siano rispettose dei predetti principi.



Domanda n. 9



Come si svolge la partecipazione alle sedute pubbliche e riservate dei membri di commissione alle riunioni in modalità telematica? Come viene certificata e verbalizzata?

Per le sedute pubbliche, se effettuate dai commissari «a distanza» negli atti di gara dovrà essere individuato un luogo fisico dove gli offerenti possono assistere alle operazioni della commissione trasmesse per via telematica, oppure l'indirizzo di un luogo virtuale dove i commissari possono accedere allo stesso scopo.

Per le sedute riservate i commissari devono dotarsi di una strumentazione tecnica e di un software che garantisca la riservatezza della comunicazioni (tra i commissari e tra questi e la stazione appaltante) tramite codici di accesso. È ovvio che la garanzia di riservatezza assoluta è impossibile, non esistendo sistemi per accertare che il singolo commissario sia l'unico presente (salvo che le sedute si svolgano in una cella all'Asinara) ma può essere tutelata solo dalla norma penale.

La certificazione e verbalizzazione è effettuata con le medesime modalità previste dal Codice per le comunicazioni nelle gare con procedura telematica, in conformità alle norme tecniche emanate in attuazione del CAD.



Domanda n. 10



Qual è il confine di responsabilità tra RUP e Commissione rispetto agli atti prodotti da quest'ultima?

Conclusi i lavori della commissione spetta alla stazione appaltante approvarne l'operato e verificarne la correttezza (salvo eccezionali ipotesi di riconvocazione della commissione a seguito dell'emersione di errori o lacune nel suo operato). Di norma è il RUP a esercitare i poteri di verifica e controllo, nell'esercizio della sua tipica funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione, non solo di legittimità ma anche nel merito al fine di verificare la rispondenza dell'offerta presentata agli obiettivi di interesse pubblico da conseguire (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 ottobre 2018, n. 5863). (segue)



Domanda n. 10



(seguito) Qualora un offerente dovesse essere escluso, anche a posteriori, per assenza di un requisito oggettivo o causa ex art. 80, il RUP può determinarsi a prescindere dalla Commissione. Se il RUP invece intende disattendere un giudizio tecnico, non può sostituirsi o superare la discrezionalità tecnica riservata alla Commissione e, in caso deve riconvocare la Commissione affinché si pronunci nuovamente sugli aspetti controversi.

(TAR Lombardia, sez. Brescia, 25 settembre 2018, n. 906).



Domanda n. 11



Nelle procedure di importo inferiore a 150.000 euro da aggiudicare con il prezzo più basso, il RUP è sempre unico soggetto aggiudicatore?

La risposta è affermativa, ai sensi dell'art. 31, commi 3 e 4, lettera c), del Codice, salvo che l'organizzazione interna della stazione appaltante preveda un seggio di gara istituito ad hoc oppure un apposito ufficio/servizio a ciò deputato (punto 5.3 delle Linee guida n. 3 di ANAC), in questo caso gli spetta comunque il compito di coordinamento e controllo.



Domanda n. 12



A chi compete in maniera esclusiva di scegliere la commissione di gara?

Secondo i punti 5.1.4, lettera p) e 8.1, lettera d), delle Linee guida n. 3 di ANAC «richiede all'amministrazione aggiudicatrice la nomina della commissione ... indicando se ricorrono i presupposti per la nomina di componenti interni o per la richiesta all'ANAC»; quindi la nomina (nei casi dovuti) spetta al dirigente o al responsabile del servizio su richiesta del RUP. È ovvio che nelle strutture semplici dove il RUP coincide con il soggetto competente alla nomina, il RUP provvede direttamente.



Domanda n. 13



In quali casi il RUP può far parte della commissione di gara? Il RUP può essere presidente della commissione? Se sì, in quali casi?

A regime il RUP non potrà mai essere Presidente della Commissione giudicatrice.

Sia nel periodo transitorio che a regime potrà al massimo essere un componente interno, nel caso in cui non si debba ricorrere integralmente all'Albo istituito presso ANAC.

Sul punto si rinvia alle risposte alle domande n. 2 e n. 7, sulle difficoltà a poter offrire una conclusione incensurabile, per cui a scanso di controindicazioni si consiglia di evitare la nomina del RUP all'interno della Commissione.



Domanda n. 14



Per procedure di gara di importo ricompreso tra 40.000 e 150.000 euro è possibile nominare una commissione con componenti interni all'Ente?

Ovviamente deve trattarsi di gara con il criterio qualità/prezzo, diversamente la Commissione non è richiesta.

La risposta è affermativa, limitatamente ai componenti diversi dal Presidente e nel rispetto delle condizioni di rotazione, assenza di incompatibilità e competenza (condizioni impossibili da rispettare in stazioni appaltanti di dimensioni medio-piccole).



Domanda n. 15



Per la valutazione delle OEPV, nelle procedure di affidamento servizi o di forniture, Asmel Consortile può procedere alla nomina della commissione?

La risposta va cercata negli atti (convenzioni, adesioni, accordi e simili) con i quali la singola amministrazione ha deciso di avvalersi di ASMEL consortile. La ripartizione dei compiti e delle competenze (compresa la nomina della commissione) è attribuita a seconda delle previsioni dei predetti atti (T.A.R. Venezia, 26 gennaio 2017, n. 85)



Domanda n. 16



Il RUP può/deve presiedere il seggio di gara nei casi di procedura aperta con aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo?

La domanda è analoga alla n. 11 e analoga non può che essere la risposta affermativa, ai sensi dell'art. 31, commi 3 e 4, lettera c), del Codice. Salvo che l'organizzazione interna della stazione appaltante preveda un seggio di gara istituito ad hoc oppure un apposito ufficio/servizio a ciò deputato (punto 5.3 delle Linee guida n. 3 di ANAC), in questo caso gli spetta comunque il compito di coordinamento e controllo.



Domanda n. 17



È necessaria l'assicurazione per i commissari di gara?

Durante il corrente periodo transitorio la risposta è negativa. La polizza assicurativa è necessaria per potersi iscrivere all'Albo dei Commissari tenuto da ANAC, sia per i liberi professionisti che per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni ai sensi dei punti 2.3, lettera e) e 2.5, lettera d) delle Linee guida n. 5 di ANAC. Per i dipendenti i costi sono a loro carico per i servizi res all'esterno dell'amministrazione di appartenenza. Come ripartirli e sulla legittimità di imporre tale onere con Linee guida sarà tutto da vedere.

**GRAZIE A TUTTI
PER LA PARTECIPAZIONE!**



Per info contattateci a:

 **webinar@asmel.eu**

 **800 165654**

 **www.asmel.eu**